LA NUOVA
GIURISPRUDENZA
CIVILE
COMMENTATA

CASI SCELTI
in tema di
PRINCIPI GENERALI

A cura di Guido Alpa, Maurizio De Acutis *e* Vincenzo Zeno Zencovich

CEDAM
CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1993

COME FARE COSE CON PRINCIPI

di Guido Alpa

Sommario: I. *Introduzione.* – 1. La tradizione dei princípi generali. – 2. I princípi generali nel programma dei compilatori del codice civile. – 3. L'art. 12 delle Preleggi. – 4. La funzione integrativa dei princípi generali. – 5. La funzione interpretativa dei princípi. – 6. Gli usi giurisprudenziali. – 7. Le raccolte dei princípi generali. – 8. Gerarchia dei criteri interpretativi? – 9. Natura e identificazione dei princípi. – 10. Il principio e il suo opposto ovvero le coppie di princípi. – 11. Il ruolo dei princípi.
II. *Esempi di princípi nella dinamica dell'ordinamento.* – 1. L'abuso del diritto. – 2. Il principio di intangibilità della persona negli infortuni sul lavoro. – 3. La tutela della famiglia. – 4. *Segue*: il ruolo della «coscienza sociale». – 5. *Segue*: la consapevolezza nell'uso dei princípi. – 6. *Segue*: le clausole generali. – 7. *Segue*: princípi generali e qualità delle parti. – 8. *Segue*: princípi generali e ideologie dell'interprete. – 9. Patrimonio autonomo. – 10. La tutela del lavoro professionale. – 11. Il rischio di impresa e la responsabilità del distributore di prodotti difettosi. – 12. *Par condicio creditorum*. – 13. Princípi occulti e «*policies*». – 14. Rinvio.

I. Introduzione

1. La tradizione dei princípi generali. Nei contributi dottrinali, nelle motivazioni delle sentenze, nei codici, talvolta nelle leggi speciali si riscontra un ricorso diffuso ai princípi generali. Essi sono espressi con brocardi (ad es.: *fraus omnia corrumpit, mala fides superveniens non nocet, in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis, accessorium sequitur principale, servitus in faciendo consistere nequit*) oppure con locuzioni allusive quali: il principio della continuità delle trascrizioni, il principio della libertà contrattuale, il principio del contraddittorio, il principio di buona fede. Si usano anche formulazioni di carattere generale a contenuto teleologico, ovvero evocative di «valori»: ad es. nella disciplina dell'aborto l'art. 1 della l. 22.5.1978, n. 194, riconosce «il valore sociale della maternità» ed evidenzia l'intenzione della legge di tutelare la vita umana; e sempre in forma di principio sono descritti gli intenti del legislatore: «l'interruzione volontaria della gravidanza non è mezzo di controllo delle nascite».

Spesso i princípi sono semplicemente richiamati quale categoria logica (es., *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*) o strumento tecnico operativo, oltre che come enunciato avente valore normativo: ad es., l'art. 1, comma 4°, della legge antitrust, 10.10.1990, n. 287, dispone che l'interpretazione delle norme contenute nel titolo dedicato alle intese, all'abuso di posizione dominante e alle operazioni di concentrazione «è effettuata in base ai princípi dell'ordinamento delle comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

Nello stile del giurista, così come nella cultura del giurista, il principio generale, il principio di diritto, il principio *tout court* sembra sussidio ineliminabile: d'altra parte, non era proprio Gaio (D. 1, 2, 1, *GAI* 1 *ad. l. duod. tab.*), uno dei maestri del diritto romano, a sostenere che il principio è la parte fondamentale di ogni cosa (*cuiusque rei potissima pars principium est*)?

Giustiniano o, meglio, i compilatori del Digesto dedicarono un intero libro alla raccolta delle definizioni dei termini usate nel linguaggio giuridico e delle regole o massime che i giuristi più importanti avevano enunciato.

Questa operazione sistematica si è tramandata per secoli ed è giunta sino a noi. Nel «*Manuale juris*» di Gotofredo, alla fine del Cinquecento, troviamo un florilegio delle «*sententiae juris*» più rilevanti. Erano le massime raccolte nel *Corpus juris* di Giustiniano che i dottori, i magistrati, gli avvocati, utilizzavano per risolvere le questioni di diritto privato a loro sottoposte. E anche Pothier, alla metà del Settecento, traduce e commenta le Pandette, e

parla dei «certissimi princípi del diritto» come *cose* o *parole* «da cui sorgono le regole generali o particolari a ciascuna materia».

Non si tratta, si badi bene, di documenti del passato, oggi pallide vestigia del modo di lavorare del giurista. Il Manuale di Gotofredo è ripubblicato a Parigi ancora nel 1806; le Pandette di Giustiniano, tradotte e commentate da Pothier, appaiono in italiano a Venezia ancora nel 1841; le compilazioni dei brocardi sono pubblicate ancora all'inizio del nostro secolo, e circolano in edizione ridotta ai giorni nostri.

Questo per quanto riguarda i princípi tramandati dalla tradizione. Ma, come si è detto, di princípi nuovi pullulano le sentenze, i testi normativi, gli scritti dei giuristi. Di volta in volta l'interprete – in particolare, il magistrato – forgia i princípi che dice di rinvenire nell'esperienza giuridica. Spesso i princípi sono creati *ex post*, dopo che l'interprete ha maturato le sue convinzioni in ordine alla soluzione del problema astratto o del caso concreto che ha esaminato. Quando deve applicare le disposizioni (scritte), il giudice le adatta alla fattispecie, e quindi «crea la regola del caso», magari applicando un principio o invocando un principio quale fondamento (o paravento) della decisione.

Insomma, i princípi generali, ora espressi con brocardi, ora con terminologia moderna, ora formulati *ex novo* dal legislatore o creati dall'interprete attraverso un presunto procedimento induttivo (spesso immaginifico) dalle leggi speciali o dai codici, appaiono una componente essenziale del pensiero, dell'arte, della struttura del diritto.

2. I PRINCÍPI GENERALI NEL PROGRAMMA DEI COMPILATORI DEL CODICE CIVILE. L'analisi formale si propone di acclarare il significato delle disposizioni che regolano l'operare di princípi generali.

Nel nostro ordinamento i princípi generali sono menzionati nelle disposizioni preliminari al codice civile e in numerosi altri testi normativi dell'ordinamento interno (leggi speciali, statuti regionali, leggi regionali, statuti comunali e provinciali); nell'ordinamento comunitario si fa riferimento esplicito ai princípi generali concernenti i diritti degli Stati membri applicati in materia di responsabilità extracontrattuale (art. 215, comma 2°, Trattato CEE); nell'ordinamento internazionale si fa riferimento ai princípi riconosciuti dalle nazioni civili (art. 38, comma 1°, Statuto della Corte internazionale di giustizia). Non sempre gli estensori dei testi hanno fatto impiego delle medesime formule; talvolta si parla di princípi dell'ordinamento, talvolta di princípi fondamentali, altra volta di princípi delle nazioni civili.

L'art. 12 delle preleggi merita un commento a sé, e più approfondito per una molteplicità di ragioni: reca il testo più noto, diffuso e tormentato della disciplina italiana in materia ed è disposizione che assolve il compito di dettare i criteri di interpretazione e applicazione dei testi normativi. Si pone quindi su un piano diverso rispetto a tutte le altre disposizioni che sono riferite a fattispecie concrete. È una norma sulle norme e perciò precede dal punto di vista interpretativo e da quello prescrittivo, tutte le altre (QUADRI, cit. *infra*, in *Nota bibliografica*, 194).

L'art. 12 disp. prel. presenta inoltre una particolarità rispetto alle altre disposizioni: è la disposizione che regola il processo interpretativo, detta (o pretende di dettare) i comportamenti dell'interprete ed i limiti all'interpretazione.

Questa disposizione ha una storia complessa, di cui occorre conoscere gli sviluppi per poterla comprendere appieno. Essa presenta similarità con regole di altri ordinamenti, a cui conviene accennare per comprenderne la peculiarità. In più, è la rappresentazione di uno dei modi possibili per tracciare i confini dell'arbitrio dell'interprete, e quindi pone problemi di teoria generale del diritto.

La rubrica dell'art. 12 è intitolata alla «interpretazione della legge»; il testo si compone di due commi. Il primo regola l'interpretazione letterale e teleologica. Il secondo aggiunge: «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i princípi dell'ordinamento giuridico dello Stato».

3. L'ART. 12 DELLE PRELEGGI. Innanzitutto, occorre prendere atto della esistenza dell'art. 12; in altri termini, dell'esigenza avvertita dai compilatori della codificazione del 1942 di una qualche normativa scritta ordinante i princípi.

Possiamo porre la questione con un diverso tenore: se l'art. 12, ult. comma, non fosse stato inserito nelle disposizioni preliminari, l'interprete avrebbe potuto egualmente ricorrere ai princípi, e con quali limiti e con quali modalità?

Non tutti gli ordinamenti a legge scritta sono infatti provvisti di una disposizione siffatta; nulla di ciò si rinviene nel codice «padre», il *Code Napoléon*, né si rinviene in *common law*. Ciò non significa però che i princípi, quale tecnica interpretativa, non siano noti e applicati in Francia, né che essi non siano noti e applicati in *common law*. Possiamo superare la prima, elementare questione, rispondendo quindi che la disposizione è utile, ma non necessaria: per via interpretativa e sistematica, si sarebbe egualmente pervenuti al riconoscimento e all'impiego dei princípi generali. Qualcuno ritiene che la disposizione sia superflua perché l'interpretazione dei testi si esaurisce nella loro applicazione analogica. Ma questa tesi estremistica non ha fondamento, come rivela l'indagine che segue.

La disposizione è stata introdotta nelle preleggi per molti motivi. Per motivi *storici*, in quanto già esisteva una disposizione di contenuto simile nelle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione e applicazione delle leggi in generale (art. 3), anteposte al codice previgente del 1865. Per motivi *politici*, in quanto si voleva riaffermare, con legge, l'unitarietà e la completezza dell'ordinamento; si voleva precisare, con legge, i limiti dell'arbitrio interpretativo del giudice; si voleva troncare ogni discussione sulla vigenza del diritto naturale; per motivi *ideologici*, in quanto si voleva assegnare solo alle norme dell'ordinamento posto dallo Stato (diritto positivo) il compito di reggere in via esclusiva e universale la società italiana.

La collocazione di questa disposizione, nell'ambito delle preleggi, è dovuta anche a motivi *logici*. Il mondo dei princípi viene ricondotto alla dimensione interpretativa: ai princípi si assegna, con legge, un ruolo specifico e circoscritto, di ausilio dell'interprete nell'accertamento del significato delle norme, e nella loro applicazione.

4. LA FUNZIONE INTEGRATIVA DEI PRINCÍPI GENERALI. Se si accoglie la tesi giuspositivista, si deve ragionare, quanto ai princípi, in termini di norme di secondo grado, volte a colmare le lacune. L'ordinamento giuridico, per quanto rechi disposizioni dettagliate e articolate, non può regolare tutte le fattispecie che si presentano nel pulsare della vita e dei rapporti tra gli individui; per poter assoggettare a disciplina le fattispecie non espressamente previste si ricorre a tecniche diverse: alla tecnica della legislazione con formule generali e astratte, all'uso di espressioni ampie ed elastiche, dette clausole generali, alla tecnica della interpretazione estensiva e dell'interpretazione analogica, all'analogia *iuris*, cioè ai princípi generali. Il giudice ha l'obbligo di provvedere su ogni questione che gli sia sottoposta, rispondendo civilmente in proprio se non compie un atto del suo ministero (art. 55 cod. proc. civ.), ma non gli si consente né di creare *ex novo* una regola, sostituendosi al legislatore (come prevede l'art. 1, comma 2°, del cod. civ. svizzero) né di decidere arbitrariamente; gli si fa obbligo di motivare la sua decisione fondandosi sulla «legge». Egli quindi ricorre alle tecniche interpretative dettate dall'art. 12 delle preleggi. E, seguendo l'ordine gerarchico (almeno apparentemente), in via ultimativa ricorre ai princípi generali. L'uso dei princípi consente così (se si dà credito alla concezione giuspositivista) di colmare le lacune dell'ordinamento che non si sono potute colmare ricorrendo all'analogia *legis*.

Ecco un esempio.

Il codice civile italiano, a differenza del codice civile tedesco (B.G.B.) non prevede una disciplina generale del negozio giuridico; sicché le regole relative all'annullamento degli atti conclusi dall'incapace di intendere o di volere sono sparse nel codice: l'art. 428 enuncia una regola generale; l'art. 120 ne tratta con riguardo al matrimonio; l'art. 591 ne tratta con riguardo al testamento e l'art. 775 con riguardo alla donazione; nulla si prevede, esplicitamente, per altri atti personalissimi, quali il riconoscimento di figlio naturale e l'adozione. In entrambi i casi la giurisprudenza ha assunto un orientamento restrittivo, ed ha escluso che essi si possano ricondurre al dettato della regola generale: ciò, avuto riguardo alla natura perso-

nale dell'atto, al fatto che esso non ha contenuto patrimoniale, al fatto che si imputa al legislatore un *favor* per questo tipo di atti (nell'un caso, per poter assicurare al figlio, oltre che una famiglia, anche i diritti derivanti dal riconoscimento, e nell'altro per poter dare all'adottante un conforto e all'adottato una famiglia adottiva). Tuttavia, mentre per il riconoscimento si è addirittura esclusa l'impugnazione (CASS., 8.10.1970, n. 1869, in *Foro it.*, 1970, I, 3063), per l'adozione, a cui si ricollega valore negoziale, il discorso è più complesso.

Ad ogni buon conto, il ragionamento si fonda: sull'interpretazione restrittiva dell'art. 428, sulla interpretazione sistematica delle norme che riguardano gli atti personali, sull'applicazione dei princípi generali, sull'interpretazione psicologica che tende ad individuare la *mens legislatoris*, sul principio di conservazione degli atti riconosciuti validi dal provvedimento dell'autorità giudiziaria (v. CASS., 27.6.1975, n. 2520, in *Foro it.*, 1975, I, 1939).

Ragionamenti simili si compiono per disciplinare le associazioni non riconosciute, rinviandosi alle associazioni riconosciute e (con processo più discutibile) alle società; per disciplinare le società di fatto e irregolari, impiegando le disposizioni sulle società in nome collettivo; in materia di possesso, per disciplinare il caso dell'acquisto dal titolare di un diritto condizionato, e così via.

5. LA FUNZIONE INTERPRETATIVA DEI PRINCIPI. La funzione interpretativa dei princípi si esercita in modo più semplice: atteso il tenore di una disposizione, il problema che il giudice risolve mediante il ricorso ai princípi consiste nel precisarne l'estensione; qui non si tratta, quindi, di «colmare una lacuna», di cercare cioè una regola che si ritiene di non trovare nel codice; si tratta di stabilire come applicare la disposizione prevista dal codice: è chiaro, infatti, che il disposto può dare adito a diverse interpretazioni; e quando diverse interpretazioni sono possibili, i princípi indicano quale di queste deve essere scelta. Ovviamente, si deve scegliere dapprima l'interpretazione più conforme al dettato costituzionale; poi l'interpretazione che meglio si confà all'interesse pubblico sotteso alla norma; poi, l'interpretazione che contempera gli interessi privati in conflitto, e così via. Normalmente, si dice che si sono seguiti i princípi generali.

Ecco un esempio.

L'art. 2744 cod. civ. vieta il patto commissorio, cioè il patto con cui creditore e debitore convengono che, in caso di inadempimento, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il codice non vieta, per contro, la vendita a scopo di garanzia, cioè il contratto in base al quale il debitore trasferisce la proprietà di un bene al creditore, perché questi glielo restituisca una volta estinto il debito. La distinzione tra le due fattispecie è semplice in astratto, in quanto, strutturalmente, il trasferimento avviene, nel caso vietato, solo dopo che si sia accertato l'inadempimento, e, nel caso ammesso, contestualmente all'insorgere del debito. In concreto, però, la distinzione è molto più difficile.

Negli anni recenti la giurisprudenza non si è più accontentata di accertare la mera struttura dell'operazione e, nell'intento di colpire le operazioni illegali o illecite, anche in presenza di apparenti contratti di vendita con patto di riscatto, ha controllato se essi non simulassero patti commissori. Per fare ciò, ha controllato la «comune intenzione delle parti», al momento di conclusione del contratto e il comportamento delle parti, anche successivo alla conclusione del contratto. In altri termini, ha applicato il principio della «volontà comune» e il principio della «unitarietà dell'operazione economica», con riguardo al collegamento tra il contratto di mutuo e il contratto di compravendita. Di volta in volta, quindi, applicandosi questi princípi, il giudice applica o non applica l'art. 2744, a seconda che ritenga che, nonostante quanto dichiarato dalle parti, si sia in presenza di un patto vietato oppur no (v. ad es. CASS., sez. un., 3.4.1989, n. 1611, in questa *Rivista*, 1989, I, 348).

6. GLI USI GIURISPRUDENZIALI. Ma proprio in limine al discorso occorre farsi carico di un ulteriore aspetto di questa problematica: occorre essere avvertiti dei molteplici usi a cui possono essere piegati i princípi nelle motivazioni delle sentenze.

a) Un principio può essere usato dal giudice per risolvere un caso senza però che esso sia esplicitato nella motivazione.

Si pensi al principio «*cuius commoda eius et incommoda*»: chi può controllare una cosa deve impedire che essa provochi danno, ovvero sopportarne le conseguenze. E si rifletta su questo caso. Un pescatore è membro di un'associazione sportiva che tiene in concessione un appezzamento di terreno, appartenente al Comune. Mentre si esercita nella pesca è colpito al capo dalla caduta di un ramo d'albero. Del danno dovrebbe rispondere l'associazione, *ex* art. 2051 cod. civ. Ma i fondi dell'associazione sono miseri; non sono sufficienti a soddisfare il pescatore; la condanna al risarcimento, facilmente ottenuta, gli serve a poco; egli si rivolge allora al Comune, che è proprietario dell'area (e dell'albero). La questione si trascina per i diversi gradi del giudizio ed arriva in Cassazione. Poiché sezioni diverse della Cassazione in precedenza avevano adottato soluzioni differenti, il caso, pur così banale, è deciso dalle Sezioni Unite. Ad esito di una elaborata pronuncia, le Sez. un. escludono la responsabilità del Comune. Ciò non perché il Comune non debba ritenersi custode della cosa; ma perché il rischio che si può accollare al custode deve discendere dalla disponibilità effettiva della cosa; nella specie essa era mancata, in quanto da sei anni l'area era stata concessa in godimento all'associazione (CASS., sez. un., 11.11.1991, n. 12019, in questa *Rivista*, 1992, I, 81).

Il testo dell'art. 2051 cod. civ. non dà la definizione di custode o di custodia; né essa si può desumere da altre disposizioni; è la dottrina che, con la giurisprudenza, ha costruito la nozione di custodia; risalendo al principio della responsabilità che deriva dalle cose che si possono controllare si può affermare la responsabilità dell'associazione, ma non quella del Comune.

b) Un principio può essere usato dal giudice per colmare una lacuna legislativa.

La disciplina della responsabilità del produttore non ha risolto l'annoso quanto delicato dilemma se il produttore debba rispondere anche del cd. «*rischio dello sviluppo*», cioè dei danni provocati da caratteri nocivi del prodotto non accertabili secondo lo stato di evoluzione della scienza e della tecnica al momento in cui esso è posto in circolazione. Il d.p.r. n. 224/1988, che attua la direttiva comunitaria in materia, lo esclude esplicitamente. Il danneggiato può ricorrere ad altre norme (ad es. gli artt. 2043, 2050 cod. civ.) per ottenere soddisfazione?

La Corte di Cassazione ha risposto in modo affermativo (con sent. del 27.7.1991, n. 8395, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1332) perché ha applicato il principio – espresso dall'art. 2050 cod. civ. – secondo il quale chi svolge un'attività pericolosa, e introduce un rischio nella società, deve sopportarne le conseguenze. Il caso riguardava la produzione di un farmaco contenente gammaglobuline; come tutti gli emoderivati, le gammaglobuline possono essere infette, se il sangue utilizzato per prepararle è infetto (nella specie, esse contenevano il virus dell'epatite B, trasmesso al paziente nel corso di una trasfusione).

Si tratta, qui, dell'uso di un principio antico sotto spoglie nuove.

Nel secolo scorso, si sarebbe deciso diversamente. Si sarebbe applicato il principio della libertà economica e di commercio, e si sarebbe lasciato il danno là dove esso era caduto. Accollare al produttore questo rischio significava – allora – scoraggiare le attività economiche anche se rischiose, e imputare ad un soggetto un danno senza che ne fosse accertata la colpa.

c) Un principio può essere usato per riequilibrare le prestazioni dedotte in contratto.

Il Comune modifica la destinazione urbanistica di un'area rendendola edificabile. Il proprietario di un terreno situato all'interno dell'area divenuta edificabile aveva anteriormente concluso un contratto preliminare di vendita che assumeva la destinazione agricola del fondo. Ovviamente, il prezzo concordato era molto più basso di quello che si sarebbe spuntato se si fosse conosciuta la nuova destinazione.

Ma il promesso venditore può ottenere l'annullamento o la risoluzione del contratto preliminare? Può opporsi alla conclusione del contratto definitivo?

Il promesso acquirente potrebbe invocare il principio della inescusabilità dell'ignoranza della legge; ma questo principio non si applica nel caso di specie (CASS., 29.6.1985, n. 3892, in *Casi scelti della Nuova giur. civ. comm.*, Cedam, 1987, 155). Qui si applica il principio in base al quale l'errore di diritto rende invalida la volontà del contraente.

d) Un principio può essere usato per erodere un privilegio.

È il caso della posizione di supremazia della p.a. e del trattamento del privato che si è impoverito a vantaggio dell'Amministrazione.

Nel nostro ordinamento non vi sono disposizioni dirette a stabilire in modo generale quali norme di diritto privato si applichino anche alla p.a. Oggi si pensa al diritto privato come ad un diritto «comune», che vale anche per i soggetti pubblici. Alla p.a. si è sempre riservata una posizione di privilegio; da qualche anno però si applicano alla p.a. le norme sulla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose e le norme sulle condizioni generali di contratto. Si può applicare anche il principio dell'ingiustificato arricchimento? Si consideri il caso dell'appaltatore che, nel realizzare un teatro, faccia impiego di apparecchiature elettroniche più sofisticate di quelle originariamente previste nel capitolato d'appalto, e quindi incorpori nell'*opus* un valore superiore a quello che la p.a. gli aveva riconosciuto nel prezziario convenuto. La p.a. si può arricchire a spese del malcapitato? La risposta, se si dovesse essere formali, dovrebbe essere positiva, perché solo alla p.a. si riconosce il *ius variandi* dell'opera; sul piano dell'equità si dovrebbe invece dare risposta negativa. La giurisprudenza per molto tempo ha ragionato in modo formale, negando qualunque ristoro all'appaltatore. Ma da qualche tempo si è profilata un'inversione di tendenza e si applica il principio dell'arricchimento. Questo principio non si applica però in modo semplice e automatico: la p.a. risponde solo se ha tratto utilità dall'arricchimento (CONS. STATO, 2.3.1983, n. 120, in *Foro it.*, 1983, III, 197).

e) Un principio può essere usato, sotto le specie del brocardo (ad es. *tota vis et fides scripturae in subscriptione consistit*), *per colmare la disciplina speciale (della cambiale)*.

Questo brocardo è stato usato per accertare se, in assenza di regole specifiche relative al modo in cui si debba apporre la firma sulla cambiale, fosse ammissibile e impegnativa per la società la stampigliatura della ragione della società accompagnata dalla firma di chi si presentava come rappresentante legale senza rivestire quella qualità. La risposta è stata positiva (CASS., 13.7.1986, n. 4371, in *Casi scelti*, cit., 226).

f) Un principio può essere usato per sottrarre l'interprete ad un atto dovuto (quale l'interpretazione del contratto).

È il caso dell'interprete che non vuole procedere all'interpretazione del contratto e quindi non vuole modificare il riparto dei rischi, dei vantaggi e degli svantaggi che le parti avevano all'origine stabilito. O almeno ritenevano, ciascuna badando al proprio tornaconto, di avere così stabilito. Per pervenire a questo risultato, qualche volta si fa impiego del brocardo: «*in claris non fit interpretatio*».

Peraltro, l'esistenza di questo principio (non codificato) è stata negata: CASS., 12.7.1980, n. 4480, in *Giust. civ.*, 1980, 1, 2413.

Non sempre i princípi che si usano sono accettati da tutti. Talvolta, come in questo caso, si è in presenza di un «falso» principio.

g) Un principio può essere usato per mascherare le ideologie dell'interprete: ad esempio, per condannare una situazione di fatto (convivenza *more uxorio*) che si ritiene illecita o quanto meno deprecabile.

Quando la convivenza riguarda il minore, ed occorre l'autorizzazione del giudice al matrimonio, si dice che vi è un interesse del minore a regolarizzare una situazione incresciosa.

Come si vede, i princípi si usano per compiere molte operazioni e manipolazioni interpretative. Parafrasando un assunto di Damaška il mondo dei princípi «sembra una raccolta di argomentazioni contrastanti che attendono una controversia per essere adoperate» (*I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, 1991, 238). Se ne discorrerà più avanti, con riguardo alla penetrazione dei valori nella motivazione della decisione, con riguardo alla ideologia dell'interprete, con riguardo al peso della tradizione.

Dopotutto, se il mestiere del giurista è «fare cose con regole», con i princípi si possono fare per l'appunto molte cose.

7. <u>LE RACCOLTE DEI PRINCIPI GENERALI</u>. Proprio perché con i princípi si possono fare molte cose, i giuristi si sono premuniti ed hanno proceduto a raccogliere i princípi in elenchi, non tassativi, e ordinati con criteri diversi. Si tratta di raccolte non ufficiali. Si è proposto al momento della codificazione vigente di farne l'elenco, ma l'idea, opportunamente, è stata

abbandonata, perché si temeva, da un lato, di dimenticarne qualcuno e quindi di fare un'opera imprecisa; dall'altro, di fare anche un lavoro improprio, perché l'elenco – che non avrebbe potuto che essere tassativo – avrebbe finito per schiacciare l'interprete sotto il macigno delle regole scritte, limitando di molto la sua funzione.

In altre epoche la tentazione delle raccolte ufficiali non fu respinta: Giustiniano dedicò una sezione dell'ultimo libro del suo Digesto (il L) alla raccolta dei princípi (*De antiquis regulis juris*). Ma quella raccolta aveva un'altra funzione: voleva restituire autorità alle massime espresse dai giuristi di maggior valore, cioè dai giuristi «ufficiali», e pure dare un po' d'ordine ad una materia che, non essendo codificata, rischiava di portare a soluzioni confuse, se non opposte, alle medesime questioni.

Ed anche per il diritto canonico si avvertì la stessa esigenza, come dimostra il libro *Sextum* aggiunto al *Decretum Gratiani* (un breve profilo storico-comparatistico è offerto nel mio libro su *I princípi generali*, nel *Trattato di dir. privato*, a cura di Iudica-Zatti, per i tipi di Giuffrè).

In ogni esperienza vi sono stati avvocati, professori, cultori del diritto in genere, che si sono dedicati alle raccolte. Qualche esempio si trova facilmente in tutte le epoche nella cultura giuridica italiana, francese, tedesca e di *common law*. Da noi ha avuto fortuna la raccolta di duemila regole del diritto compilata da L. De Mauri negli anni venti ed ancor oggi ristampata (*Regulae juris*, IV ed., 1915, rist. da Hoepli, 1982).

In Francia, il susseguirsi di varie compilazioni testimonianza della fortuna che esse avevano incontrato. Boulanger segnala le raccolte di Daguin, *Axiones, aphorismes et brocards français du droit*, Parigi, 1926 e di Jouanneau, *Recueil des maximes et citations latines à l'usage du monde judiciaire*, Parigi, 1952.

In Spagna è particolarmente accurato il repertorio messo a punto da uno storico, Jaime Mans Puigarnau, che ha classificato le regole, le massime e gli aforismi, accompagnandoli con i riferimenti alle sentenze del Tribunal Supremo de Justicia (*Principios generales del derecho*, Barcellona, 1957).

Ma è singolare la fortuna che hanno avuto e ancora avevano negli anni Quaranta, in Inghilterra e negli Stati Uniti, le massime raccolte da Broom nel secolo scorso [*A Selection of Legal Maxims, Classified and Illustrated*, Londra, 1845, rist. in Pakistan, 1980; al riguardo v., tra gli altri, POUND, *The Maxims of Equity*, I, *Of Maxims Generally*, in 34 *Harv. L. Rev.*, 835 (1921)].

Raccogliere le massime, i princípi, gli aforismi non è difficile: basta avere un po' di pazienza ed un po' di fortuna. Più difficile è capire a che cosa sia effettivamente servita la citazione della massima, e se la massima funga da regola. Ma questo è di nuovo uno degli scopi della ricerca sulle tecniche linguistiche, logiche e interpretative dei giuristi. Per capire quanto spesso vengano usati, si possono leggere i princípi citati nelle massime giurisprudenziali predisposte dai curatori delle riviste giuridiche. In una recente indagine in materia di contratti, ho potuto enumerare più di duecento princípi citati sulle massime redazionali o ufficiali delle sentenze in materia dell'ultimo ventennio.

8. <u>GERARCHIA DEI CRITERI INTERPRETATIVI?</u> Il legislatore non si è accontentato di richiamare i princípi e di fissare la loro funzione; si è dato carico di stabilire anche quando si può fare ricorso ad essi.

L'art. 12, comma 1°, disp. prel. è formulato all'impersonale: la terza persona è destinataria del comando («non si può», «si ha riguardo», «si decide»). Tutti gli interpreti vi si debbono quindi attenere: il giudice, l'Amministrazione, chiunque in generale abbia il compito di applicare la legge. I princípi sono norme in senso proprio, e quindi debbono essere rispettati da tutti; in particolare da coloro che istituzionalmente debbono interpretare la legge. Ma l'area normativa dell'art. 12, comma 2°, ha confini più circoscritti, perché è rivolta non al momento della interpretazione, bensì al momento della *decisione* di una controversia. Ciò significa che è l'interprete giudicante che deve fare ricorso ai princípi nei casi e con i limiti indicati dalla medesima disposizione. Si tratta del «giudice»; quindi non solo del magistrato investito di una controversia, ma anche dell'arbitro che deve decidere in una procedura. In tutti gli altri casi, in cui non si deve *decidere*, e cioè

nell'operare dello stesso giudice che pronuncia (ove richiesto e ove consentito) secondo equità, ovvero nel caso di arbitro di equità o di arbitro irrituale ovvero nel caso dell'interprete-scienziato, vi è libertà di utilizzare i princípi come si ritenga più opportuno. Ovviamente, il giudice di equità, l'arbitro rituale di equità, l'arbitro irrituale non potranno decidere in modo illogico o iniquo; l'interprete assistito da rigore scientifico non potrà operare con fantasia, ma dovrà attenersi alle regole dell'interpretazione dottrinale.

La lettera di questa disposizione sembra accreditare inoltre una gerarchia di criteri interpretativi: il criterio letterale (il significato proprio delle parole secondo la loro connessione), il criterio teleologico (intenzione del legislatore), il criterio analogico (casi simili o materie analoghe; il ricorso ai princípi).

Si noti che i princípi possono essere applicati per risolvere *i casi dubbi* solo in via residuale e ultimativa. L'interprete (cioè il giudice e le figure affini) è quindi arbitro di ricorrere ai princípi; spetta a lui la scelta, perché è lui a decidere se il caso è dubbio; se non lo è, non è necessario ricorrere all'applicazione dei princípi, in quanto è sufficiente l'applicazione della disposizione scritta.

L'apparente struttura cristallina e piramidale dei criteri di interpretazione della legge diventa però più opaca se solo si ha riguardo alla prassi, che smentisce il dettato legislativo, ed alla stessa tecnica dell'interpretazione che, per ragioni logiche, presuppone che la individuazione dei princípi sia anteposta ad ogni altro criterio.

Nella prassi giurisprudenziale, i princípi ricevono un'applicazione estesissima, non subordinata a criteri gerarchici, e più ampia anche nel ruolo, di quanto il legislatore, un po' ingenuamente, aveva previsto e prescritto. Nella tecnica interpretativa, la norma, frutto dell'accertamento del significato della disposizione operato dall'interprete mediante il suo bagaglio culturale, è sempre inquadrata od inquadrabile in un principio.

Ma riceve smentita anche la regola presupposta dall'art. 12, *in claris non fit interpretatio*. Ogni qualvolta l'interprete si appresta a svolgere il suo ruolo, compie un'operazione che non è (né potrebbe essere) meccanica: già il fatto stesso di sceverare le fattispecie chiare da quelle oscure, è frutto di una pre-comprensione che non lascia dubbi sul ruolo *attivo* che egli compie.

Interpretato letteralmente, dunque, l'art. 12 rivela tutta l'ingenuità di un legislatore timoroso dei tradimenti dell'interprete. D'altra parte il fatto non è nuovo. Napoleone non gradiva commenti alle regole del suo codice. Anzi, si dice che quando gli portarono il primo lavoro di interpretazione e commento, abbia mormorato: «*Mon Dieu, mon code est perdu!*».

Insomma, anche se volessimo attenerci strettamente al dettato dell'art. 12 preleggi, non riusciremmo a fare a meno di ricorrere ai princípi. Ciò perché l'uso dei princípi è *connaturale* al processo interpretativo.

9. NATURA E IDENTIFICAZIONE DEI PRINCÍPI. Siccome i princípi sono menzionati nell'ambito dei criteri di interpretazione e di applicazione della legge, con questo argomento testuale si potrebbe fondare la loro natura normativa: i princípi sono anch'essi legge, sono norme: ma hanno le medesime caratteristiche o caratteristiche diverse da quelle scritte? Secondo Riccardo Guastini (*Dalle fonti alle norme*, cit. *infra*, in *Nota bibl.*), essi presentano i seguenti caratteri: sono vaghi ed imprecisi, ma non per questo le disposizioni scritte sono al contrario sempre precise e nette; comportano l'attivarsi dell'interprete, ma non per questo le altre disposizioni non richiedono scelte interpretative; sono più ampi nei loro contenuti normativi delle altre disposizioni, ma non per questo non si rintracciano nell'ordinamento disposizioni altrettanto ampie.

Si discute se i princípi, che si ricavano per via induttiva dalle disposizioni scritte, siano direttamente applicabili ad una concreta fattispecie. La risposta positiva discende sia da ragioni testuali (v. la formula dell'art. 12, comma 2°, disp. prel.), sia da ragioni logiche: se sono norme, come tutte le norme sono applicabili direttamente alle singole fattispecie.

Sulla *natura normativa* concorda l'universa dottrina con qualche autorevole eccezione (BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, 1949, 206 ss.).

D'altra parte, se i princípi sono ricavati dalle norme attraverso un processo di generalizzazione e di astrazione successiva, da norma non nasce che norma (JORI, *Princípi*, cit. *infra*, in *Nota bibl.*). È questo un canone giuspositivista. Ma sulla natura normativa dei princípi concordano anche i fautori moderni del giusnaturalismo. Chi ritiene che i princípi si fondino sull'etica e, quindi, abbiano origine metagiuridica, ma ispirino e conformino il diritto e quindi la sua epifania, cioè il complesso delle regole che compongono l'ordinamento, non può che considerare vincolante l'osservanza dei princípi; altrimenti il giudice che li disconoscesse o addirittura li violasse, emetterebbe una decisione contraria al diritto naturale.

Sulla natura normativa dei princípi esprimono dubbi invece i giusrealisti: il principio sarebbe osservato non perché vincolante di per sé, ma perché lo si ritiene tale nell'immaginario collettivo.

L'impersonale formulazione dell'art. 12, che limiterebbe al *giudice* il compito di applicare i princípi, si scontra però con un'altra esigenza logica, prima ancora che pratica: il legislatore non ha elencato i princípi che si possono o debbono applicare. Ci si è chiesti allora se i princípi siano una fonte del diritto con caratteristiche simili alla consuetudine; come questa non sarebbero norme scritte, ma norme richiamate e osservate nella prassi interpretativa e applicativa. A differenza della consuetudine, che negli ordinamenti moderni non precede, ma segue la norma scritta ed è ad essa subordinata, i princípi sono però anteposti (se si vuole superare lo schema rigido dell'art. 12) alle altre norme perché esse li presuppongono. Tuttavia, mentre la consuetudine è osservata in quanto ritenuta vincolante (*opinio juris ac necessitatis*), i princípi sono osservati perché nel contemperamento degli interessi essi offrono la soluzione più consona al diritto (cioè alla cultura e alla ideologia dell'interprete).

Ed ecco la seconda illusione del legislatore: i princípi sarebbero un *numero chiuso*, circolanti entro confini ben definiti. Ciò perché i princípi si desumono dalle norme, e quindi non possono esistere (giuridicamente) se non hanno fondamento in esse.

Anche qui il legislatore ha dimenticato, o ha finto di dimenticare, il ruolo dell'interprete, il quale è abile nel creare i princípi e poi nell'ancorarli alle norme.

I princípi *non* sono un numero chiuso e quindi *non* sono inventariabili. È questa una considerazione antica, che trova ampie conferme nella prassi.

Essi sono introdotti: dallo stesso legislatore, dal giudice, dallo scienziato del diritto.

Sono esempi della prima origine, l'art. 1 legge sull'aborto, secondo il quale l'aborto non può essere utilizzato come mezzo di controllo delle nascite; l'art. 7 della legge sul procedimento amministrativo, secondo il quale l'Amministratore deve operare con efficacia ed efficienza; le disposizioni sulla disciplina militare; le disposizioni dello Statuto dei lavoratori e quelle contenute nella legge sulla parità, ecc.

Sono esempi della seconda origine la gran parte delle sentenze che decidono il caso applicando il principio: basti pensare all'applicazione del principio *pacta sunt servanda, rebus sic stantibus* e all'impiego della teoria della presupposizione; all'arricchimento senza causa; alla occupazione acquisitiva; alla tutela del minore nell'affidamento connesso alla separazione dei coniugi, e a tutti gli altri casi che sono oggetto di analisi-campione nei prossimi paragrafi.

Tra i princípi creati dal giudice si deve considerare che il disposto dell'art. 384 cod. proc. civ. fa obbligo al giudice di rinvio di osservare il principio di diritto formulato nel giudizio di cassazione.

Lo scienziato del diritto identifica i princípi attingendoli dalla prassi giurisprudenziale, dalla politica del diritto seguita dal legislatore, o dalla propria elaborazione scientifica, proponendo princípi che organizzano in modo sistematico diverse e sparse norme; ovvero introduce princípi nuovi, ma assunti come emanati dal *jus conditum*, per adeguare l'ordinamento alle nuove necessità (ad es. tutela del consumatore; tutela del risparmiatore; trasparenza del contratto, ecc.).

Dal momento che oggi si riconosce universalmente la natura normativa dei princípi, potrebbe apparire contraddittorio da un lato negare il ruolo di fonte alla dottrina e dall'altro assegnare proprio alla dottrina il compito di descrivere i princípi. I giuspositivisti si sottraggono alla contraddizione sostenendo che i princípi vigenti sono quelli ricavati dalle norme (CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto*

dei princípi generali dal diritto, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 41 ss.; BOBBIO, SORRENTINO, JORI, PATTARO, citt. *infra*, in *Nota bib.*).

Si possono porre confini all'arbitrio dell'interprete per evitare che i princípi si trasformino in un autentico cavallo di Troia che farebbe rientrare la soggettività interpretativa nel terreno da cui era stata bandita, trasformando il giudice in legislatore? Anche chi è scettico sull'imbrigliamento dell'interpretazione salva una qualche limitazione: la coerenza logica e la riducibilità alla topica.

I princípi possono infatti essere classificati, ordinati gerarchicamente, analizzati storicamente. Poiché i valori fondamentali di un ordinamento sono contenuti nella sua legge fondamentale, essi servono a rendere compatibile con la Costituzione la normativa vigente (SORRENTINO, cit. *infra*, in Nota bibliografica).

Nel loro modo di essere, possono avere portata più generale, se accolti nella Costituzione, nel codice civile, negli statuti regionali; e portata più circoscritta, se espressi nella legislazione speciale (che dà luogo a microsistemi) (IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Cedam, 1990, 86 ss.).

10. *IL PRINCIPIO E IL SUO OPPOSTO OVVERO LE COPPIE DI PRINCIPI.* Osserva Ronald Dworkin che i princípi «vanno a caccia in coppia» perché gli istituti giuridici sono il risultato del contemperamento o del complesso di valori tra loro non compatibili (DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, 1977, 79 ss.; ma v. anche *Questioni di principio*, Giuffrè, 1985 e *L'impero del diritto*, Giuffrè, 1986). E ribadisce Mario Jori che un principio spesso opera in coppia con un principio contrapposto senza che questo implichi necessariamente la presenza di un'autonomia o di una totale indeterminazione normativa, perché si possa decidere quale principio debba prevalere nel caso in decisione (JORI-PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Utet, 1988, 209 ss.).

Questa circostanza costituirebbe una ulteriore caratteristica distintiva dei princípi dalle disposizioni. Anche le disposizioni possono essere tra loro in contrasto, ma per risolverlo si applicano disparati criteri: il criterio gerarchico (la norma costituzionale prevale sulla norma ordinaria, ecc.; la legge-quadro prevale sulla legge speciale; la legge di delega sulla legge delegata; la legge speciale prevale sulla legge generale); il criterio temporale (*lex posterior derogat priori*); il criterio spaziale (la legge che si applica in una Regione non si applica in altre; le leggi di emergenza possono riguardare solo le zone calamitate); la conformità alla Costituzione, e così via.

Anche i princípi si possono ordinare gerarchicamente; tale gerarchia è creazione dottrinale o giurisprudenziale. Ma il conflitto tra princípi tra loro opposti si risolve interpretativamente seguendo prassi applicative più elastiche di quelle or ora menzionate per le disposizioni scritte.

Ecco un esempio tratto da una controversia riguardante la concorrenza sleale tra imprenditori.

Secondo le regole giurisprudenziali (attesa la laconicità dell'art. 2598 cod. civ.) perché si possa configurare un illecito concorrenziale debbono ricorrere due requisiti: un requisito oggettivo (il prodotto deve appartenere al medesimo genere merceologico) ed un requisito soggettivo (il concorrente deve essere anch'egli imprenditore). Nel caso di specie i prodotti (profumi e altri articoli di bellezza Guerlain) erano stati messi sul mercato da un rivenditore in confezione non sigillata ed a prezzi ribassati. Gli altri rivenditori, che erano legati al produttore da contratti di esclusiva, e quindi non potevano effettuare ribassi se non autorizzati dal produttore, si erano lamentati del pregiudizio a loro derivante dal comportamento del concorrente. Il produttore lo aveva perciò convenuto in giudizio, assumendo la commissione da parte sua di un illecito concorrenziale.

La Corte osservò che il convenuto non era legato all'attore produttore dal patto di concessione di vendita in esclusiva; e che il patto che lega produttore e rivenditore non è opponibile ai terzi. Non si poteva quindi ravvisare nella specie la sussistenza dei due requisiti menzionati. Si doveva allora dare ingresso al principio della libertà di iniziativa privata e negare il risarcimento al produttore? La Corte, prendendo lo spunto dal fatto che i prodotti erano stati venduti in confezione manomessa, con abrasioni e fori, ritenne che non fosse applicabile questo principio, ma il principio dell'*alterum non laedere*, che fonda la responsabilità extracontrattuale. La presentazione così degradante di prodotti di una rinomata casa di cosmetici e di moda, ledeva la sua immagine e configurava quindi un illecito aquiliano consistente nell'intangibilità del patrimonio altrui.

11. *IL RUOLO DEI PRINCIPI.* Il discorso sui princípi, come si vede, e come hanno messo in luce i giuspositivisti, i giusnaturalisti, i giusrealisti, gli storici e i sociologi del diritto, è molto complesso. È difficile quindi trarre conclusioni sintetiche del discorso (sul punto rinvio ancora al mio volume nel *Trattato di diritto privato* di Iudica-Zatti).

Qualche risultato però si può anticipare. E lo si può fare per assiomi: con l'intesa, però, che essi sono (o si ritiene che siano) dimostrati nelle indagini recenti sui princípi.

1. L'individuazione delle funzioni a cui adempiono i princípi generali nell'ordinamento è arbitraria, così come è arbitraria la catalogazione dei princípi, la loro creazione, ovvero la loro identificazione nelle norme positive.

2. Questa arbitrarietà, tuttavia, tiene della congruenza e della liceità, in quanto è tipica di ogni attività interpretativa. Ciò che rileva è che l'attività interpretativa che si esprime attraverso i princípi risponda a canoni di logica, di buon senso e di utilità pratica.

Una funzione fondamentale assolta dai princípi è quindi il ruolo che essi svolgono nel ragionamento giuridico. Come ha bene messo in luce STRUCK (*Topische Jurisprudenz*, Francoforte, 1971) e ha ripreso PERELMAN (*Logica giuridica nuova retorica*, trad. it. di G. Crifò, Giuffrè, 1979, 153) i princípi, e quindi i *tòpoi* giuridici servono alla applicazione delle norme, dal momento che nessuna regola giuridica, così come nessun valore, è assoluta e vi è sempre il caso in cui, attese le circostanze, la regola deve essere limitata e il valore deve cedere a considerazioni che siano superiori.

3. Nell'opinione generale e nella pratica generale i princípi assolvono quindi una funzione ben più ampia di quella loro affidata dall'art. 12 delle Preleggi. Su di essi si incardina il sistema del diritto privato, che è costituito dal dato positivo e dagli arricchimenti derivanti dalla sua interpretazione, dalla sua manipolazione, dalla sua costruzione in sistema. I princípi quindi svolgono il ruolo di «fondamento» dell'ordinamento. Nei settori non codificati, quali il diritto amministrativo e il diritto internazionale, i princípi assolvono ad una funzione più rilevante: quella di «quadro normativo».

4. Nella prassi giurisprudenziale essi svolgono, ovviamente, anche il ruolo riconosciuto loro dall'art. 12 delle preleggi, cioè di regola applicabile alla fattispecie quando il testo è lacunoso, impreciso, carente.

5. Nella prassi giurisprudenziale, i princípi sono spesso invocati a mero scopo esornativo, in quanto corroborano l'applicazione di una regola positiva. Essi servono quindi a rafforzare il ragionamento della sentenza, e ad assegnare maggior coerenza interna alla motivazione.

6. Là dove sono creati *ex novo* dal giudice, essi servono a legittimare il diritto giurisprudenziale. Per mascherare l'arbitrarietà della decisione, il giudice provvederà a introdurre schermi legittimanti, quali appunto i princípi invocati.

7. I princípi costituiscono la *koinè* moderna dei giuristi appartenenti a ordinamenti differenti. Ciò sia per ragioni derivanti dal dato positivo, sia per il formarsi di una cultura giuridica uniforme derivata dalla circolazione dei modelli giuridici, sia per il formarsi di una prassi commerciale e arbitrale uniforme.

Il dato positivo sovranazionale tende a omologare le normative degli Stati membri (di volta in volta, mediante l'istituzione di ordinamenti paralleli, come accade per l'ordinamento comunitario, ovvero mediante convenzioni, come accade per il Consiglio d'Europa, o per i trattati).

La circolazione dei modelli giuridici avviene o per effetto della uniformità del dato positivo (come accade per la recezione negli ordinamenti interni di modelli acquisiti in sede comunitaria da altri ordinamenti interni e imposti a tutti gli Stati membri della Comunità); o per effetto degli scambi culturali in sede di comparazione.

La prassi commerciale si ispira tendenzialmente a princípi uniformi; allo stesso modo, la giustizia arbitrale internazionale tende a seguire princípi accolti nelle società civili.

I princípi assolvono oggi la funzione un tempo assolta dal diritto romano: tendono alla omologazione degli ordinamenti, diversi per tradizione e per storia interna.

8. I princípi assolvono una funzione di «*poli-*

cy»: esprimono la politica del diritto del legislatore e, in generale, dell'interprete, il quale in modo più o meno consapevole opera secondo una propria tavola di valori.

Questa politica – intesa ad evidenziare i risultati ottimali che si vogliono raggiungere esprimendo e applicando il principio – può essere palese, ovvero occulta.

9. I princípi «occulti» servono ad elaborare decisioni formalmente presentate come coerenti a princípi palesi, ma sostanzialmente inerenti alla politica del diritto dell'interprete.

10. I princípi, espressi in modo dialettico, con il loro reciproco (od opposto) assolvono la funzione di contemperare gli interessi in gioco, di orientare l'ingegneria sociale, di agevolare la funzione mediatrice del giudice.

I princípi assolvono tante altre funzioni, come si è qui cercato di dimostrare, e come hanno evidenziato gli autori in diverse epoche storiche. Come non è possibile identificare una volta per sempre tutti i princípi, come non è possibile catalogare una volta per sempre tutti i princípi, allo stesso modo non è possibile elencare una volta per sempre tutte le funzioni che svolgono i princípi; e non è detto che tali funzioni siano assolte tutte contemporaneamente.

In ogni caso i princípi appaiono come un fattore ineliminabile nell'arte di creazione della norma o, che è la stessa cosa, sono strumenti indispensabili all'evoluzione del diritto.

II. Esempi di principi nella dinamica dell'ordinamento

1. *L'abuso del diritto.* Secondo l'orientamento invalso nella dottrina italiana successiva alla codificazione del 1942, nel nostro ordinamento non si è codificato il principio dell'abuso del diritto: in altri termini, non è possibile desumere dalle norme questo principio, ma si possono trovare semplici allusioni ad esso in alcune norme del codice, quali il divieto degli atti emulativi (art. 833 cod. civ.) la condanna per aver promosso una lite temeraria (art. 96 cod. proc. civ.), e così via. In tal modo, l'ordinamento italiano risulterebbe uno dei pochi in cui il principio (o la teoria) dell'abuso del diritto non avrebbe cittadinanza: esso è invece ben noto e teorizzato in Francia, in Germania, in Svizzera ed in *common law*.

Questa posizione deve essere rivista, sia alla luce delle origini del «pregiudizio» verso la teoria dell'abuso, sia alla luce di alcuni indirizzi giurisprudenziali, in cui trova albergo la teoria medesima.

a) Alle origini del pregiudizio sta una valutazione negativa: il timore che, introducendo un meccanismo di controllo dell'esercizio del diritto implicante la configurazione di un «abuso» si affidi al giudice un potere eccessivo. Non così si era ritenuto nel progetto di codice uniforme delle obbligazioni a cui avevano posto mano, alla fine degli anni venti, redattori italiani e francesi. Riprendendosi un indirizzo profondamente radicato in Francia, si era provveduto infatti a codificare una norma che sanzionasse l'abuso del diritto.

Per la verità, una norma sull'abuso era stata inserita nel progetto definitivo del codice civile vigente: l'art. 7 delle preleggi recitava infatti: «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto». Nella relazione del Guardasigilli (n. 6) la ragione della disposizione si giustificava con riguardo alla opportunità di evitare un esercizio del diritto contrastante con le finalità dell'ordinamento, e si escludeva la fondatezza dei timori avanzati dalla Commissione reale; anzi, si precisava che «da mera possibilità di qualche raro inconveniente» non poteva impedire «al legislatore italiano di prendere posizione netta in materia di tanta importanza, esprimendo un principio, che, oggi soprattutto, appare aderente alla coscienza sociale». La Commissione parlamentare tuttavia non ascoltò queste giustificazioni, e rifiutò la codificazione del principio.

Nella nostra esperienza, alcune delle pagine più belle della letteratura in materia rilevano come l'esigenza di costruire una teoria dell'abuso risponda sia all'influsso della cultura cattolica, sia all'influsso della cultura marxista (Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205). Si sottolinea così che il problema dell'abuso riguarda la comparazione di interessi in conflitto nello svolgimento di un determinato rapporto. E perciò si tende a convertire il problema in quello della definizione dei doveri di correttezza, in cui si possono anche individuare ipotesi di abuso di potere contrattuale da parte dell'impresa nei confronti dei consumatori. Secondo l'opinione restrittiva prevalente, si ritiene che la teoria si esaurisca nel divieto di atti emulativi.

b) Di abuso si parla spesso in materia di diritto del lavoro, in particolare nella valutazione dei limiti del diritto di sciopero. La Supr. Corte ha osservato, a questo proposito, che lo sciopero non incide direttamente sul rapporto di lavoro, e non rientra quindi nell'ambito di operatività dell'art. 1375 cod. civ., in cui rileva il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto. Lo sciopero, in altri termini, in quanto comporta l'astensione dal lavoro, si configura come inadempimento contrattuale. Ma la stessa Corte ha ritenuto che nel caso di sciopero abnorme (ad es. a singhiozzo) non si possa neppure parlare di abuso del diritto; ciò perché i giudici interpretano l'abuso – per connessione con il divieto di atti emulativi – come l'espressione della volontà di nuocere o recare molestia ad altri (Cass., sez. lav., 30.1.1980, n. 711, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1030). La posizione della Corte è ribadita anche in occasione della discussione sui limiti esterni al diritto di sciopero, in particolare sulle modalità di sciopero bianco, o a scacchiera: anche in tali casi, la Corte ha ritenuto che il principio dell'abuso del diritto non possa applicarsi al diritto di sciopero (Cass., sez. lav., 9.5.1984, n. 2840, in *Foro it.*, 1984, I, 2513). Escludendone l'applicazione se ne afferma, logicamente, l'esistenza nel nostro diritto.

Più esplicita e di tenore diverso è stata la motivazione di una sentenza della Supr. Corte a proposito della legittimità del licenziamento collettivo in caso di cessazione dell'attività del datore di lavoro nell'ambito di un gruppo di imprese. Innanzitutto, si è escluso che il gruppo di imprese configuri un'unica entità giuridicamente rilevante, e quindi che non sia possibile trasferire il rapporto lavorativo da un'impresa all'altra, ancorché esse appartengano allo stesso gruppo. In secondo luogo, si è precisato che il licenziamento connesso con la cessazione dell'attività d'impresa è conseguenza naturale della libertà di iniziativa privata. In modo assai inconsueto, con una motivazione ove si riportano alcuni brani di Hegel, *Filosofia del diritto*, §§ 196, 204, che esaltano la libertà individuale nell'esercizio dell'attività economica; e un passo di Ulpiano (D. 50, 16, 185), in cui si vorrebbe intravedere la definizione moderna di impresa; e si ricostruisce la discussione all'Assemblea costituente, relativa alla formulazione dell'art. 41 Cost., si avvia alla conclusione di inferire da tutti questi testi l'impossibilità di imporre limiti alla libertà di iniziativa economica. Per quanto ci riguarda più da vicino, si fa menzione anche dell'art. 7 delle preleggi, e si conclude che il comportamento del datore del lavoro non può essere apprezzato mediante il principio dell'abuso del diritto, in quanto tale principio non è stato codificato, anzi *è stato espunto dall'ordinamento*.

Come si vede, l'abuso non viene utilizzato né per sindacare il comportamento del lavoratore né per sindacare il comportamento del datore di lavoro.

2. *Il principio di intangibilità della persona negli infortuni sul lavoro.* Nel settore degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali coesistono princípi variamente connotati.

Nel codice civile l'art. 2087 esprime un principio che dottrina e giurisprudenza reputano di carattere generale, in base al quale l'imprenditore deve accollarsi il rischio connesso con l'esercizio della sua attività per i danni che possono derivare ai dipendenti; l'imprenditore deve quindi adottare le misure necessarie per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore.

Nella legislazione speciale, l'art. 10, d.p.r. 30.6.1965, n. 1124, stabilisce il principio della irresponsabilità del datore di lavoro per gli infortuni: ciò per quanto riguarda i rischi che sono coperti dalla assicurazione obbligatoria che per l'appunto il decreto prevede. I due princípi operano in senso solidaristico: da un lato si vuol proteggere il lavoratore nel luogo di lavoro, sollecitare il datore ad assumere le cautele necessarie, dovendo riparare direttamente il danno provocato al dipendente, e, ancora, trasferendo il rischio sull'assicuratore (nella specie, l'ente pubblico I.n.a.i.l.) garantire al lavoratore un ristoro per il danno subito; dall'altro lato, trattandosi di un sistema assicurativo che ha natura previdenziale, si copre solo il rischio connesso con l'attività lavorativa.

Resta a carico del datore di lavoro, pertanto, il c.d. danno differenziale, cioè il danno che non è connesso con l'attività lavorativa, ovvero il danno provocato da colpa o dolo del datore, accertati nell'ambito del processo penale. Per evitare la duplicazione di risarcimento, ovvero un arricchimento ingiustificato del dipendente, lo stesso art. dispone che non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo non supera la somma liquidata a fini indennitari.

Nella Costituzione è contemplato un ulteriore principio, cioè la tutela della salute: principio che opera in tutti i casi in cui sia compromessa l'integrità psicofisica della persona. Proprio al fine di tutelare la persona, la giurisprudenza ha creato una figura di danno, denominata «danno biologico», che corrisponde appunto alla lesione della salute. Essa si registra quante volte l'individuo è impossibilitato a mantenere inalterato il suo stato di integrità psicofisica, indipendentemente dalle conseguenze di carattere patrimoniale che vi sono collegate, e dalla stessa capacità a produrre reddito; poiché la salute è bene tutelato in capo ad ogni individuo, in caso di lesione della salute il danno biologico, che incide sulla persona, è eguale per ognuno, a qualunque categoria sociale appartenga e qualunque attività lavorativa possa svolgere.

Poiché in materia assicurativa si prevede la facoltà di regresso dell'assicuratore nei confronti del terzo responsabile del danno, si è posto il problema se l'I.n.a.i.l., esercitando l'azione di regresso *ex* art. 1916 cod. civ., possa acquisire anche le somme liquidate a titolo di risarcimento del danno biologico risentito dal lavoratore, o se queste debbano essere acquisite dal lavoratore, nonostante che egli abbia percepito l'indennità nel periodo in cui è stato assente dal lavoro. Poiché il danno biologico non è correlato alla produzione del reddito, la liquidazione di tale danno spetta al datore di lavoro, e sfugge quindi all'area del rischio assicurato dall'I.n.a.i.l. Sicché l'applicazione dell'art. 1916, che consente all'assicuratore l'integrale recupero per il danno provocato al lavoratore, è stata considerata incostituzionale nella misura in cui sia interpretato in modo da ricomprendere anche il danno biologico, che è invece personale.

3. <u>La tutela della famiglia.</u> Il diritto di famiglia ha sempre oscillato tra i due poli dell'intervento pubblico (di volta in volta espresso con testi normativi, con pronunce e provvedimenti giurisdiziari, con pareri espressi da giuristi) e della sfera privata; ed anche le sue sistemazioni hanno sempre risentito delle premesse di valore che l'interprete, in modo esplicito, ovvero in modo implicito, quando non occulto, apponeva e appone al suo operare. La «precomprensione» (*Vorverständnis*), il processo che, secondo Josef Esser, è proprio di qualsiasi operazione interpretativa, gioca, nel settore della famiglia, un ruolo fondamentale e ineluttabile. Non stupisce quindi che l'interrogativo posto alla base del discorso oscilli tra i due poli: «tutela della famiglia» e «famiglia sotto tutela». Nell'un caso evidenziandosi l'opportunità di dare rilievo e protezione ai diritti dei singoli nell'ambito della famiglia, nel secondo prospettando un intervento pubblico inteso a proteggere, forse un po' paternalisticamente e oppressivamente, gli stessi componenti della famiglia, assunti appunti nel loro *status* di membri di una comunità che lo Stato considera vitale per la sua stessa sopravvivenza.

Il dibattito sul diritto di famiglia risente di queste due concezioni: in ogni caso, una posizione terza, rispetto ad esse, quella che vorrebbe la famiglia ordinamento autonomo al quale lo Stato deve essere indifferente, perché vi si esplicano i poteri, le autorità e le libertà private, non è più sostenuta da alcun autore che abbia un qualche credito.

Più discussa è, invece, la questione se la famiglia, in quanto tale, sia portatrice di un interesse diverso e superiore rispetto a quello dei suoi singoli membri. Questa concezione – nei confronti della quale si sono espresse forti perplessità o aperte critiche (v. ad es. Bessone, *La famiglia nella Costituzione*, nel *Commentario della Cost.*, a cura di Branca, Zanichelli-Foro it., 1976) – non mi sembra giustificata né dalla tutela costituzionale offerta alla famiglia dall'art. 2 (oltre che dagli artt. 29, 30, 31) in quanto quella tutela è prevista per il singolo, che svolga la sua personalità in una formazione sociale, né dalla esigenza di garantire i diritti dei singoli all'interno della famiglia, perché essi sono contemperati dall'esi-

genza di garantire i diritti degli altri membri, sempre però considerati individualmente.

In una ricerca sul rilievo attuale dello *status*, che al tempo stesso è la trasposizione in termini giuridici delle attribuzioni del singolo nella società e il complesso dei diritti e dei doveri che gli appartengono a seconda della sua collocazione verso lo Stato, la famiglia, la società, ho cercato di acclarare il significato del vincolo parentale: in ogni caso, esso è giuridicamente fondato se rivolto alla tutela del singolo (c.d. *status* di protezione, contrapposto agli *status*-privilegio dell'epoca feudale e prerivoluzionaria: v. *Status e capacità giuridica*, in corso di stampa per i tipi di Laterza).

Il diritto di famiglia si presta in modo singolare ad una ricognizione dei princípi, così come elaborati dalla dottrina e accolti dalla giurisprudenza. In questo settore, infatti, sono più palesi i valori cui l'interprete si ispira, e più trasparenti le operazioni ermeneutiche e le manipolazioni delle norme di quanto non accada in altri settori.

Ciò per varie ragioni. In primo luogo perché il diritto di famiglia, specie nella disciplina dei rapporti personali tra i coniugi e tra genitori e figli, esprime l'ambizione dell'ordinamento a ridurre in schemi formali rapporti conditi di affetto, di stati d'animo, di complicità, di speranze, ma anche di sofferenze, di lacerazioni, di contrasti, quando non di profonde contrapposizioni; rapporti che sono mutevoli nel tempo, così come mutano nel tempo le apparenze e l'interiorità delle persone. In secondo luogo, poiché le disposizioni, proprio per essere duttili e adattabili al mutevole universo familiare, sono formulate per lo più in modo generale, per non dire generico. In esse albergano espressioni ellittiche, ampie, talvolta neutre, talvolta connotate. In terzo luogo, poiché il gioco dell'interpretazione, avendo riguardo a fatti della vita, della vita comune e quindi ad esperienze in cui tutti sono, in modi diversi, rimasti coinvolti, è più scoperto e immediato: l'interprete, in altri termini, «getta la maschera», anche se cerca di celare dietro le formule tecniche le sue valutazioni politiche. In quarto luogo, perché come si è detto la famiglia oscilla da lungo tempo tra due concezioni opposte che costituiscono due poli dialettici del procedimento ermeneutico: la spinta all'autonomia e quindi alla sottrazione agli interventi esterni manifestati in tutte le forme (dall'intervento del giudice all'ambiente sociale, dalla forza pubblica alla raccolta di dati statistici, dall'anagrafe agli obblighi fiscali e impositivi in generale connessi con la residenza, dai risparmi ai consumi); e il suo opposto, la spinta all'intervento dovuto ora a ragioni autoritative ora a ragioni perequative. In quinto luogo, perché il divario tra disposizioni e norme, e tra diritto scritto e diritto osservato è estremamente ampio: il diritto interviene nei momenti patologici e il principio di effettività trova qui un *humus* particolarmente favorevole.

Le ragioni che qui si sono espresse potranno anche apparire arbitrarie; i caratteri peculiari del diritto di famiglia sono assai più numerosi. Il principio-valore di tutela della famiglia, che li racchiude tutti, si può trasformare per l'appunto in una cappa rigida e oppressiva, nella sua ansia di «giuridificazione» degli interessi e delle vicende; il risultato, talvolta palpabile nelle motivazioni delle sentenze, può davvero essere la creazione di una famiglia «sotto tutela», rovesciando così il senso del principio.

Secondo la recente ricognizione di Giorgio Oppo (v. *Atti del congresso dell'Accademia dei Lincei*, cit. *infra* in *Nota bibl.*), i princípi fondamentali del settore sono: la naturalità della famiglia; la legittimità della famiglia fondata sul coniugio; l'eguaglianza dei coniugi, temperata dalle esigenze di garanzia dell'unità familiare; la parità di trattamento dei figli; la solidarietà che, quanto alla disposizione dei beni, cede alla libertà anche in considerazione del traffico giuridico e dei terzi; la rilevanza giuridica del lavoro familiare; nel caso di costituzione del fondo familiare, il rispetto del vincolo di destinazione.

Questi princípi corrispondono alle linee fondamentali della riforma del diritto di famiglia del 1975. Proprio in questa branca dell'ordinamento infatti si è verificato un autentico ribaltamento dei valori di cui era intriso il codice del 1942: dall'autoritarismo alla distribuzione del potere, dalla disparità all'eguaglianza, dalla prevalenza dell'interesse della famiglia alla prevalenza degli interessi dei singoli e, in specie, dei soggetti deboli, dall'autonomia patrimoniale del singolo alla comunione dei beni, dei proventi e dei rischi. La prova più evidente

quindi dell'esattezza dell'assunto che i valori non sono immutabili, ma cambiano in quanto condizionati dalla situazione politica, economica e sociale.

La ricognizione, operata sulla base dei princípi codificati e dei princípi ricavati per astrazione dalle norme tradisce una concezione positivista: è appunto la ricostruzione, effettuata sulle norme e mediante le norme, dei princípi generali regolatori della famiglia. Come si vede, qui i princípi generali sono impiegati con una doppia finalità: come elementi o valori fondanti l'ordinamento, e come tecnica interpretativa di completamento dell'ordinamento. Nel primo caso sono la palese generalizzazione di microsistemi; nel secondo, assistono l'interprete che non trovi un riferimento normativo immediato e concreto per la soluzione del caso in esame.

Se però si guarda, anche per campioni, all'applicazione giurisprudenziale dei princípi, ci si avvede che questo universo è più complesso di come sopra si è rappresentato, meno sistematico e omogeneo, con margini di incertezza, con luci e ombre che ne fanno un crogiolo variegato di tendenze. I princípi, in altri termini, si prestano (come le disposizioni) a pluralità di letture e quindi a diverse applicazioni.

4. *Segue:* IL RUOLO DELLA «COSCIENZA SOCIALE». Nel diritto di famiglia, più che in altri settori dell'ordinamento, l'interprete (accademico o magistrato laico o togato) si fa *trait-d'union* della (presunta) coscienza sociale. Per tale si intende la mentalità corrente, i valori ritenuti e osservati dalla generalità, le opinioni prevalenti in un dato momento storico. La formula è equipollente a quella di «natura delle cose», tanto cara ai giuristi tedeschi di fine secolo, approvata ancora nei primi decenni di questo dai giuristi italiani e poi abbandonata – nella formula, ma non nella sostanza – dalla nuova codificazione delle fonti e dal formalismo imperante.

In realtà, la formula può essere recuperata e in un certo senso giustificata mediante il rinvio che l'art. 12 disp. prel. fa ai princípi generali. Ma può anche essere considerata uno dei bagagli ineliminabili dell'interprete, il quale si avvale della «pre-comprensione», cioè delle nozioni apprese, dei valori difesi, delle tecniche di ragionamento usualmente seguite per sussumere la fattispecie negli schemi giuridici.

Attesa la rilevanza assunta dalla famiglia e dalla dinamica dei rapporti endo ed esofamiliari in ogni società – quanto meno, in ogni società pluralista – è necessario percepire, o immaginare (il che è lo stesso), la coscienza sociale da parte dell'interprete, con i suoi caratteri costanti e con i suoi mutamenti.

Si pensi a due temi di fondo: l'uno riguardante la fedeltà nel matrimonio, elevato dall'ordinamento a obbligo, ma intriso di valori assai più pregnanti (monogamia, esclusività, proprietà, *jus in corpus*, assistenza, ecc.); l'altro riguarda il vincolo della convivenza (formale, fondato sul matrimonio-atto e sostanziale, fondato sull'unione libera).

E si pensi al modo con cui gli interpreti si sono orientati, traducendo in applicazione normativa ciò che dettava la coscienza sociale a questo proposito. Il caso emblematico riguarda l'adulterio. Con due sentenze, che si sono succedute a distanza di soli sette anni, la Corte costituzionale ha dapprima negato e poi affermato la incostituzionalità del trattamento diversificato del marito e della moglie, essendo la moglie sanzionata più gravemente.

Un passo, in particolare, conviene riprendere: «*è innegabile che anche l'adulterio del marito può, in date circostanze, manifestarsi coefficiente di disgregazione della unità familiare; ma, come per la fedeltà coniugale così per la unità familiare, il legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie, rappresentandosi la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui più vitali interessi di una famiglia: in primo luogo l'azione disgregatrice che sulla intera famiglia e sulla sua coesione morale cagiona la sminuita reputazione nell'ambito sociale; indi il turbamento psichico, con tutte le conseguenze sulla educazione e sulla disciplina morale che, in ispecie nelle famiglie (e sono la maggior parte) tuttora governate da sani princípi morali, il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo determina nei giovani figli, particolarmante nella età in cui appena si annunciano gli stimoli e le immagini della vita sessuale; non ultimo il pericolo della introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito, e che a lui viene tuttavia attribuita per presunzione di legge, a parte la eventuale, rigorosamente condizionata, azione di disconoscimento. Tutti questi coefficienti hanno agito sulle direttive del legislatore; e ciò senza punto far calcolo, in quanto fatti anormali e che si auspicano destinati a scomparire, delle reazioni violente e delittuose cui, in ispecie in certi ambienti, può in particolare dar luogo la infedeltà della moglie*» (sent. 28.11.1961, n. 64, in *Foro it.*, 1961, I, 1777; l'opposta conclusione, che si uniforma al principio di eguaglianza, è del 19.12.1968, n. 126, *ivi*, 1969, I, 4).

5. *Segue:* LA CONSAPEVOLEZZA NELL'USO DEI PRINCÍPI. Anche sull'uso consapevole dei princípi si possono sollevare dubbi, quanto meno in questo settore.

Si può innanzitutto individuare una linea di demarcazione che emerge con evidenza nella giurisprudenza in materia. Si tratta della distinzione tra princípi supremi dell'ordinamento e princípi di rango inferiore. L'espressione «princípi supremi» dell'ordinamento, o dello Stato, è utilizzata solo quando si deve operare un raffronto tra l'ordinamento italiano e gli ordinamenti di altri Stati o di altre istituzioni (come la Chiesa).

Solo a questo proposito si individuano princípi che appaiono connotanti del nostro ordinamento e perciò irrinunciabili.

In questa categoria si collocano il diritto di agire e di difendersi in giudizio, considerato così rilevante da essere intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia; il tipo di matrimonio accolto in Costituzione; l'eguaglianza dei cittadini, specie con riguardo alla religione professata.

Così si procede nel ragionamento della importante pronuncia della Corte costituzionale (12.2.1982, n. 16, in *Giust. civ.*, 1982, 1, 571) che ha ritenuto non conforme all'ordinamento interno la disciplina canonica del matrimonio rato e non consumato che fino a quel momento le Corti d'Appello avevano considerato conforme, delibando le sentenze ecclesiastiche di annullamento dei matrimoni che presentavano questo vizio.

Al di là dei princípi supremi, la giurisprudenza distingue, in ordine gerarchico, i princípi accolti in Costituzione da quelli di codice e di legge speciale.

Tra le altre, appare rilevante la motivazione della sentenza resa a sez. un. dalla Corte di Cassazione (20.7.1988, n. 4700, in *Foro it.*, 1989, I, 427) a proposito della delibazione (ammessa) di una sentenza ecclesiastica di annullamento per esclusione di uno dei *bona matrimonii* (il *bonum sacramenti*).

Nella specie, la moglie, prima della celebrazione del matrimonio canonico, si era detta divorzista convinta. Il problema da risolvere era duplice: se questo vizio, che dava luogo ad annullamento del vincolo canonico, potesse egualmente comportare la delibazione in Italia della sentenza ecclesiastica e se tale delibazione fosse ammissibile nonostante le parti avessero convissuto per più di un anno (nel caso di simulazione unilaterale, infatti, il regime speciale del codice civile esclude la rimozione del vincolo).

A seguito dell'introduzione della legge sul divorzio, è venuto meno il principio della indissolubilità del matrimonio (mantenuto invece per tradizione secolare nell'ordinamento canonico) e si è introdotto il principio opposto, quello della dissolubilità, accompagnato quindi da una concezione diversa del matrimonio: una concezione che guarda alla sostanza e al rapporto, più che alla forma e all'atto. In questo senso una serie di pronunce aveva argomentato dagli artt. 2 e 29 Cost. la regola per la quale non era ammissibile la delibazione delle sentenze ecclesiastiche qualora fosse già trascorso un anno dalla convivenza. Si tratta, come ben si vede, di interpretazione delle norme costituzionali compiuta alla luce della legislazione speciale (sul divorzio). Ma tale operazione, pur stigmatizzata dalle Sez. un. (20.7.1988, n. 4700, in *Foro it.*, 1989, I, 427), non deve riprendersi, poiché il divorzio pur non essendo menzionato nella Costituzione, è istituto ad essa conforme.

Accanto a questo principio sta il principio di stabilità dei rapporti; e quindi la convivenza posteriore all'atto simulato impedisce alle parti di procedere alla richiesta di accertamento giudiziale della simulazione.

È proprio il ragionamento sui princípi che serve alla Corte per ammettere la delibazione anche dopo che sia maturata la convivenza ultrannuale. La Corte esclude che le norme

costituzionali (artt. 2 e 29) siano invocabili a fondamento della tesi che impedisce l'infirmazione dell'atto quando vi sia stata convivenza e che dà alla stabilità del rapporto un ruolo assorbente dei possibili vizi.

La Corte nega anche che tale stabilità si possa ricavare dalla legislazione ordinaria o speciale; anzi, considerando eccezionale il disposto dell'art. 123, comma 2°, cod. civ., esclude che esso possa configurare un principio generale dell'ordinamento (sent. cit.).

Ed ecco la conclusione: «*la convivenza fra i coniugi, intervenuta successivamente alla celebrazione del matrimonio, ostativa all'impugnazione del matrimonio civile ai sensi dell'art. 123, c. 2, c.c. seppure si pone come una norma imperativa interna, non costituisce espressione di leggi o di regole fondamentali con le quali la Costituzione e le leggi dello Stato delineano l'istituto del matrimonio, sicché la sentenza ecclesiastica che abbia dichiarato la nullità del matrimonio religioso per esclusione unilaterale di uno dei* bona matrimoni, *non rimasta nella sfera psichica del suo autore, ma manifestata all'altro coniuge, malgrado l'intervenuta convivenza tra gli stessi, non è contraria all'ordine pubblico italiano e può quindi essere dichiarata esecutiva in Italia*».

Si riscontrano orientamenti costanti in giurisprudenza anche in ordine al modo nel quale si apprezza la natura delle enunciazioni espresse con princípi generali. Chi considera i princípi come preposti all'ordinamento, a guisa di «fondamenta» del sistema, ritiene che essi siano immutabili (CASS., sez. un., 1°.10.1982, n. 5026, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2549). Questa opinione è stata prospettata riguardo ai princípi supremi. Ma è appena il caso di osservare che la stessa Costituzione è sottoposta – né potrebbe essere altrimenti – alla interpretazione evolutiva, atteso che uno stesso testo riceve letture diverse a seconda delle epoche storiche in cui si applica (oltre che a seconda della mentalità dell'interprete).

La mutevolezza dei princípi è poi documentata, nello stesso diritto di famiglia, dalla introduzione della riforma del 1975, che ha radicalmente rovesciato la gerarchia di valori codificata nel 1939.

Di fronte alla concezione che assegna ai princípi il compito di fondamento dello stesso ordinamento si staglia la concezione positivista, che assegna ad essi funzione meramente integrativa. Questa funzione si dispiega in modo nitido quando vi sia una lacuna. Ecco l'esempio. In caso di separazione dei coniugi con richiesta di addebito della separazione, il codice non precisa come debba essere valutato il comportamento del coniuge cui l'addebito vorrebbe essere imputato dall'altro coniuge. Nel caso di specie, il marito aveva chiesto l'addebito alla moglie, che pure ne aveva messo in luce il comportamento collerico, violento e ingiurioso, per un semplice sospetto di infedeltà. Il principio ricavato dal sistema (ordine delle famiglie, regole di condotta inviolabili, ecc.) è che si deve procedere alla comparazione dei comportamenti; a tale operazione non si deve pervenire solo se l'atteggiamento del coniuge sia stato gravemente eversivo dei valori fondamentali (CASS., 21.12.1988, n. 6967, in *Corr. giur.*, 1989, 273).

Dall'art. 31 delle preleggi si è in altro caso ricavato il principio (che si dice di ordine pubblico) in base al quale il minore di padre iraniano, residente in Italia, e figlio di una italiana, deve essere affidato alla madre, anziché al padre, anche se la legge paterna affida i figli al padre al compimento dei due anni.

Ciò perché si considera discriminante una disciplina che accorda al sesso maschile un privilegio non fondato su altra ragione che quella di sudditanza e di minorità della donna nella società e nella famiglia. La Corte definisce tale disciplina contrastante con i princípi di civiltà giuridica; e perciò ripudiata dalla coscienza sociale (italiana) (CASS., 27.2.1982, n. 1714, in *Dir. fam. e pers.*, 1985, 537).

Allo stesso modo, non essendo disciplinato il diritto-dovere di visita da parte del genitore non affidatario, si è ricavato tale principio «da tutte le disposizioni riguardanti la potestà dei genitori» con il solo limite del pregiudizio della prole (CASS., 9.5.1985, n. 2882, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2535).

6. *Segue:* LE CLAUSOLE GENERALI. Il diritto di famiglia è caratterizzato da una varietà notevole di clausole generali. Esse si devono quindi porre in correlazione con i princípi. Talvolta sono scambiate per princípi, talvolta esse assolvono una duplice funzione. La connessione con i princípi garantisce una certa conformità nell'uso delle clausole generali, e ciò anche per ragioni logiche. Spesso però i princípi possono avere contraddittoria lettura.

Ecco alcuni esempi.

a) Quanto ai *gravi motivi* (art. 84 cod. civ.) tali da consentire l'autorizzazione al matrimonio del minore, gli orientamenti sono divergenti. Vi sono casi in cui la convivenza *more uxorio* tra i nubendi anteriore al matrimonio viene intesa con segno positivo, perché indice di maturità (APP. ROMA, 25.1.1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, 14); e casi in cui, di contro, la convivenza è intesa come sintomo di scarsa moralità e di illiceità dei costumi (TRIB. MIN. BARI, 15.3.1977, in *Dir. fam. e pers.*, 1977, 716).

b) Quanto alla *serietà* dell'intento matrimoniale, anch'essa è apprezzata nel modo più vario. Vi sono casi in cui la strumentalizzazione del matrimonio, finalizzato all'assistenza del genitore inabile di uno degli sposi, è considerata motivo onorevole e stimabile dell'unione (TRIB. MIN. FIRENZE, 1°.2.1977, in *Dir. fam. e pers.*, 1977, 663); altri in cui l'uso tempestivo per sovvenire ad un eccesso ormonale non è considerato conforme all'essenza del matrimonio (TRIB. MIN. PERUGIA, 30.5.1979, in *Giurisprudenza del diritto di famiglia*, a cura di Bessone, Dogliotti, Ferrando, 1991, 25).

c) *Buona fede e affidamento* campeggiano nel matrimonio putativo.

d) *Libertà* della persona e principio consensualistico sono princípi che, nel regime dei contratti, militano nel medesimo campo, perché la tutela della persona è espressione della libertà di vincolarsi del singolo; ma nel diritto di famiglia sono princípi tra loro opposti, se si esclude la revocabilità del consenso alla separazione prima dell'omologazione. Qui libertà della persona significa porre nel nulla il consenso e quindi, se si vuole tutelare il consenso, si mantiene vincolato il coniuge che si era espresso favorevolmente.

e) E così accade per il conflitto tra *autonomia* dei coniugi e controllo delle clausole dei negozi familiari.

f) E così per l'intollerabilità della convivenza.

g) La clausola generale più usata è *l'interesse del minore*; la giurisprudenza è ricchissima al riguardo.

7. *Segue:* PRINCIPI GENERALI E QUALITÀ DELLE PARTI. Spesso l'applicazione dei princípi consente l'apprezzamento (soggettivo) della qualità delle parti, che, come si insegna ordinariamente, è del tutto indifferente nel diritto contrattuale. Dandosi rilievo alle qualità soggettive si potrebbe infatti violare il principio di eguaglianza. Ma nel diritto di famiglia l'indole (APP. ROMA, 3.7.1986, in *Foro it.*, 1986, I, 3133), le credenze religiose (CASS., 23.8.1985, n. 4498, in *Corr. giur.*, 1985, 1226), l'attività lavorativa (CASS., 21.10.1980, n. 5641, in *Dir. fam. e pers.*, 1981, 96), talvolta la cultura (APP. MESSINA, 23.11.1979, *ivi*, 1981, 479) e la condizione sociale (CASS., 11.1.1986, n. 102, *ivi*, 1988, 110), come la titolarità di un reddito o di un patrimonio cospicui possono venire in rilievo per stabilire a chi debba essere affidato il minore, a chi debba essere imputata la separazione, a chi si debba accollare il risarcimento del danno per lesione dell'affidamento.

In questo contesto, è particolarmente interessante osservare come siano considerati rilevanti gli orientamenti sessuali dei coniugi.

L'atteggiamento verso l'omosessualità è oscillante. È nota la demonizzazione dell'omosessualità che serpeggia nelle decisioni rotali. Ciò per due motivi essenziali: si ritiene che l'omosessuale non possa assolvere le funzioni (fisiologiche) del matrimonio (*bonum prolis, remedium concupiscentiae*), e che possieda qualità negative che lo rendono inadatto al matrimonio. L'omosessualità è considerata una malattia, oppure indizio di «mala fede». Nella giurisprudenza civile si riscontra talvolta questo indirizzo, magari in forma più coperta (CASS., 24.11.1983, n. 7020, in *Foro it.*, 1984, I, 450). Altra volta, invece, si riscontra un atteggiamento più aperto, comprensivo e libertario.

Ma come individuare l'omosessuale? Dalla sua «confessione»? Dalle testimonianze di terzi sui suoi comportamenti, dalle sue letture? L'omosessualità rilevante può essere solo ideale o deve essere praticata?

8. *Segue:* PRINCIPI GENERALI E IDEOLOGIE DELL'INTERPRETE. Nel diritto di famiglia sono trasparenti le ideologie degli interpreti. Sono

più trasparenti che in altri settori, perché, al di là dei meccanismi tecnici, nelle motivazioni si fa appello ai valori, alla coscienza sociale, per l'appunto ai princípi, tutte formule che consentono di veicolare nella motivazione e quindi di raggiungere con il dispositivo gli scopi morali, civili, istituzionali, che il giudice sostiene di perseguire o di essere obbligato a perseguire.

Già si sono fatti esempi di questa tecnica interpretativa che illustra lo stile della giurisprudenza del settore.

L'uso valutativo e quindi ideologico (e perciò pericolosamente arbitrario) dei princípi denuncia quello che si potrebbe definire un malcostume: gabellare come ricavato dall'ordinamento un orientamento che è proprio del singolo interprete, costruito o inventato *ad hoc*, per la soluzione del caso. Ma pochi credono all'applicazione letterale delle norme, e quand'anche essa fosse possibile, non sarebbe sufficiente a soddisfare le esigenze applicative, là dove le norme sono mute, imprecise, laconiche, ambigue.

L'uso dei princípi nel diritto di famiglia è al tempo stesso: residuale, pre-costituito, giustificativo delle scelte dell'interprete, strumentale, valutativo. Proprio qui trova ampia conferma la tesi che vede nei princípi vere e proprie «scatole vuote» che consentono all'interprete l'adattamento delle norme e la ricerca della soluzione più acconcia (o almeno, creduta o dichiarata tale).

9. PATRIMONIO AUTONOMO. Tra i princípi fondamentali del diritto privato si è discusso se sia identificabile un principio, espresso sotto forma di divieto, concernente la inammissibilità di un «patrimonio autonomo» della persona fisica o della persona giuridica, o degli enti di fatto: si dice, in altri termini, che il patrimonio non può che essere unico ed unitario. Ciò per varie ragioni: per ragioni di certezza del diritto, in quanto non sarebbe chiaro o accertabile con facilità se un bene rientri o meno nel patrimonio per così dire ordinario o generale, ovvero in un patrimonio speciale; per ragioni di tutela del creditore e dei terzi, che potrebbero vedersi opporre limiti, vincoli, ostacoli, alle loro azioni esecutive per soddisfare i propri interessi; per ragioni di circolazione giuridica dei beni, in quanto i vincoli sono mal tollerati perché ostacolano il traffico giuridico e rendono frastagliato e impacciato il mercato. In effetti, l'art. 2740 cod. civ. non lascia adito a dubbi al riguardo: il debitore, risponde con tutti i suoi beni, presenti e futuri, e pertanto non è possibile sottrarne alcuni, o alcune categorie, alla soddisfazione dei creditori.

Affinando la problematica, ci si è chiesti se il patrimonio, in quanto tale, possa considerarsi una *universitas juris*; ma se si muove dal presupposto che il patrimonio non è un complesso unitario di beni, bensì una realtà giuridicamente rilevante non distinta dai singoli beni che concorrono a formarlo, la risposta non può che essere negativa; l'ordinamento non è una unità a sé stante, è mutevole, e quindi non è configurabile una situazione giuridica soggettiva sul patrimonio [v. TRIMARCHI, voce «Patrimonio (nozione generale)», in *Enc. del dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982, 271 ss., spec. 280].

a) Questa conclusione è confermata anche per l'azienda: l'azienda è un complesso di beni, differisce dall'impresa, che è attività; ne è elemento l'organizzazione, cioè il collegamento funzionale tra i beni, che compongono un complesso produttivo unitario; l'azienda non è un soggetto giuridico: si discute però se sia oggetto di un diritto unitario (c.d. teoria unitaria), ovvero se i singoli beni che la compongono siano oggetto di singoli e separati diritti (c.d. teoria atomistica); si discute ancora se l'azienda sia una *universitas juris* o una *universitas facti*; in ogni caso, si nega che l'azienda costituisca un patrimonio autonomo o separato.

Si è anche prospettato un ulteriore problema: se tra la figura dell'imprenditore e quella dell'azienda sia possibile individuare un concetto autonomo di impresa: se si considera questa fattispecie dal punto di vista soggettivo, l'impresa, in quanto attività organizzata, è una proiezione della persona; se si considera dal punto di vista oggettivo, costituisce l'esercizio di poteri e facoltà; di qui la conclusione che si possa individuare un diritto autonomo dell'imprenditore sull'impresa (NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 177). Questa tesi è del tutto minoritaria: la dottrina, unanimemente, esclude che sia possibile configurare un diritto autonomo dell'imprenditore, rispetto alla proprietà dei singoli beni, ovvero ai diritti conseguenti all'affitto dell'azienda.

b) Poiché ogni principio soffre eccezioni, è consentito, se non costituire un patrimonio separato, quanto meno dare una destinazione o un regime particolare ad un bene o a un gruppo di beni.

Considerando i beni che appartengono ad una persona fisica, vien fatto di pensare ai beni dell'assente, ai beni del morto presunto, ai beni del minore: in questi casi l'ordinamento prevede norme relative all'amministrazione, alla disposizione, all'alienazione di beni da parte di soggetti terzi, al fine di tutelare al tempo stesso il loro titolare che è nella impossibilità giuridica o materiale di occuparsene, e al fine di non privare il traffico giuridico di tali beni o dei loro frutti. Vi sono poi beni che i coniugi possono destinare alla comunione, sia essa di tipo legale, ovvero convenzionale, e beni che restano invece personali; vi sono beni che sono ceduti dal debitore ai creditori al fine di soddisfare i loro crediti; vi sono beni che attengono alla sopravvivenza dell'individuo (gli alimenti), ai quali il legislatore assegna una particolare disciplina. Sempre nello stesso senso, vi sono beni non espropriabili dai creditori, perché servono ad alimentare il debitore e la sua famiglia.

Sempre nell'interesse familiare si ammette la costituzione di un fondo, i cui beni sono destinati a tutelare gli appartenenti alla famiglia; ma questo fondo può essere aggredito dai creditori.

Nel caso che il defunto muoia e, aperta la successione, i chiamati non si siano ancora espressi, si ha l'eredità giacente; si discute se si sia in presenza di un patrimonio senza titolari, e quindi di diritti senza soggetto (BIGLIAZZI GERI, voce «Patrimonio autonomo e separato», in *Enc. del dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982, 282).

Vi sono ancora beni che la legge fallimentare separa da altri: si tratta della massa fallimentare, in cui confluiscono tutti i beni del fallito, al fine di soddisfare i creditori concorsuali.

Una cosa è certa: il patrimonio separato in tanto si può costituire, in quanto lo stesso legislatore lo consenta, in modo esplicito; è escluso che invece esso discenda da un atto di volizione autonomo del titolare.

c) Per giungere a tale risultato, occorre, nel nostro ordinamento, creare uno sdoppiamento di soggetti: chi intende separare beni dal proprio patrimonio, deve attribuirli ad un altro soggetto. Ciò si può fare in diversi modi. Ad esempio, costituendo una fondazione, in cui però, secondo i princípi che governano questo settore, il fondatore, una volta assegnato lo statuto e, con l'atto di dotazione, il patrimonio da utilizzare per il raggiungimento dello scopo, non può più ingerirsi della fondazione stessa. Oppure, si può ricorrere a un comitato o ad una associazione non riconosciuta, ovvero ad una associazione che chiede il riconoscimento, ovvero ad una società. In questi casi, il patrimonio dell'associazione o della società gode di autonomia patrimoniale imperfetta, nel senso che i creditori dell'associato o del socio non possono soddisfarsi sui beni dell'associazione o della società: ma esse costituiscono in ogni caso un soggetto diverso dai fondatori o costituenti.

Si può anche ricorrere alla proprietà fiduciaria, cioè costituire un patrimonio intestato ad altro soggetto, che viene amministrato o alienato secondo i dettami del fiduciante; o ancora, si può effettuare una vendita sottoposta a condizione risolutiva (che non dipenda però dalla mera volontà di una delle parti), o una vendita con patto di riscatto.

d) La giurisprudenza ha precisato che l'autonomia caratterizzante la società di persone non può essere intesa quale patrimonio separato rispetto ai restanti patrimoni dei soci, che ritiene essere oggetto di comunione particolare qualificata allo scopo e unificata in funzione di esso (CASS., 6.2.1984, n. 907, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 37).

Quanto all'eredità condizionata, ha ammesso che essa costituisca un patrimonio separato sino a che la disposizione non prenda efficacia a seguito dell'avverarsi della condizione, con la conseguenza che l'amministratore dell'eredità non assume la veste di rappresentante di un altro soggetto, ma è titolare del solo potere di gestire e conservare il patrimonio separato (CASS., 28.1.1983, n. 808, in *Mass. Giust. civ.*, 1983).

La nozione di patrimonio separato in giurisprudenza è più elastica (e forse, meno precisa)

di quella fin qui esposta: si ritiene infatti che costituisca patrimonio separato l'eredità giacente (PRET. NAPOLI, 14.9.1975, in *Vita not.*, 1978, 1154), l'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario (id.), ovvero la stessa comunione legale (TRIB. TORINO, 6.12.1978, in *Riv. dir. ipotec.*, 1979, 64).

e) La grande novità legislativa, per il momento confinata al diritto comunitario, ma presto destinata ad entrare nel nostro ordinamento, è la costituzione di un patrimonio separato mediante atto volontario rappresentato dalla costituzione di una società a responsabilità limitata unipersonale, cioè ad opera di un unico socio (dodicesima Direttiva comunitaria in materia di società).

In Francia la società unipersonale è stata introdotta con la l. n. 697/85; nel Liechtenstein è ammissibile la costituzione di una società per azioni con unico socio (*Anstalt*).

10. *LA TUTELA DEL LAVORO PROFESSIONALE.* Nell'ordinamento italiano non si rinviene una definizione legislativa di lavoratore professionista, né di attività professionale; nella terminologia utilizzata nella prassi, l'attività professionale è riferita o all'attività dell'imprenditore, ovvero al lavoro autonomo; nella terminologia legislativa, l'espressione «professionale» è usata nella definizione di imprenditore (art. 2082 cod. civ.: «è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi») e nella intitolazione del capo II «delle professioni intellettuali», contenuto nel tit. III del libro V del codice civile, concernente il lavoro autonomo. In entrambi i casi, la nozione di professionalità costruita dall'interprete è identica, e connota l'esercizio di una attività svolta in modo stabile e non occasionale (anche se stagionale e non continuativa) e che possa valutarsi in termini di potenzialità di durata. Si discute se si possa prendere in considerazione, ai fini della valutazione della professionalità, la predisposizione di idonei schemi organizzativi, pur senza che l'attività sia esclusiva (CASS., n. 6395/1981) e se sia connotante della attività il possesso di una competenza tecnica; quest'ultima è accertata, normalmente, sulla base degli esami di abilitazione all'esercizio della professione, ma solo per le c.d. professioni liberali o protette; in ogni caso, l'esame è svolto all'inizio della professione, ma non sono previsti ulteriori controlli nel corso del tempo. La competenza professionale si risolve così in una scelta libera e individuale, e assolve semmai la funzione di rendere più o meno abile e quindi competitivo il professionista.

Quando ci si riferisce al «professionista» si propende per una estensione semantica (e quindi normativa) più o meno ampia a seconda del contesto: ci si può riferire al lavoratore autonomo, cioè a chi esegue un contratto d'opera, così come a chi svolge una attività intellettuale (avvocato, notaio, medico, ingegnere, architetto, giornalista, ecc.).

Il contratto d'opera è definito, per implicito, nel codice civile, all'art. 2222, ove si indica come prestatore d'opera la persona che «si obbliga a compiere verso corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente». Da questa dizione si inferiscono quindi altri caratteri dell'attività del professionista: trattasi, insomma, dell'attività svolta in esecuzione di un contratto sinallagmatico, non formale, oneroso, in cui il rischio incombe solo sul lavoratore autonomo. All'interno della categoria generale del lavoro autonomo si colloca il lavoro intellettuale.

Anche a questo proposito il codice civile non offre una definizione di attività intellettuale; la legislazione speciale, che attiene alla organizzazione interna dell'attività a seconda delle differenti specialità e al controllo pubblico su tale esercizio, non offre neppure una definizione particolare; occorre quindi rifarsi alla prassi e in particolare alla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. L'attività è intellettuale quando per il suo esercizio occorre impiegare intelligenza e cultura in prevalenza rispetto al lavoro manuale; il professionista intellettuale ha discrezionalità nello svolgimento della prestazione; non risponde normalmente del risultato, ma semplicemente del compimento diligente, indipendentemente dal risultato raggiunto (CASS., n. 2062/1974).

Si discute inoltre se – in aggiunta alla disciplina del codice e alla disciplina della legislazione speciale – l'attività intellettuale riceva una tutela costituzionale: certamente, in quanto esercizio di attività lavorativa, si possono riferire all'attività intellettuale le norme contenute nella Costituzione a proposito della tutela del lavoro in tutte le sue forme (già l'art. 1 ne fa menzione, e così l'art. 4, gli artt. 35 ss.); addirittura, qualche autore si è spinto a considerare l'attività lavorativa, e in particolare l'esercizio di una professione intellettuale, come il riflesso della persona umana, e quindi ha ricondotto tale attività all'ambito normativo dell'art. 2 Cost., che tutela la persona come singolo e nelle formazioni sociali ove si dispiega la sua personalità.

Il lavoro del professionista che svolge una professione intellettuale, o, come ancor oggi si dice, «liberale», ovvero «protetta», presenta riflessi pubblicistici: in altri termini, si svolge nell'ambito di un rapporto di diritto privato che si instaura tra il professionista e il cliente, ma è subordinato anche alla disciplina statuale relativa all'esercizio della professione, cioè alla iscrizione all'albo di categoria, tenuto da un organismo di categoria, il quale emana regole di comportamento (c.d. deontologia professionale) a cui si debbono attenere gli iscritti.

Secondo un'ormai antica teoria, che risale a Santi Romano, uno dei massimi giuspubblicisti del secolo, gli ordini professionali, che sono associazioni alle quali l'ordinamento statale affida determinati compiti di controllo dell'esercizio della professione e di sanzione (disciplinare) degli iscritti, sono una comunità intermedia tra il singolo e lo Stato, e danno luogo ad un ordinamento giuridico parallelo a quello dello Stato (c.d. teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici). In realtà, è la legge dello Stato che istituisce gli ordini, stabilisce i limiti delle loro attribuzioni, e conferisce quindi ad essi potere abilitativo e sanzionatorio. Il codice civile recepisce questa indicazione, disponendo, all'art. 2231, che «quando l'esercizio di un'attività professionale è condizionato all'iscrizione in un albo o elenco, la prestazione eseguita da chi non è iscritto non gli dà azione per il pagamento della retribuzione».

Chi esercita una professione intellettuale non protetta, cioè non disciplinata per albi o elenchi, come accade per l'agente di pubblicità, per gli esperti di ricerche di mercato, per chi si occupa di pubbliche relazioni, ecc., può ricorrere perciò, anziché allo schema del contratto d'opera, a tipologie più varie, che possono incidere sia sulla personalizzazione dell'opera, sia sulle tecniche della retribuzione.

Ed in realtà, per la definizione di attività professionale intellettuale, in una società complessa come la nostra, nella quale la distribuzione del lavoro e le tecniche di organizzazione sono sempre più frastagliate e dettagliate, diventa difficile sia qualificare le attività (ad es., si può definire attività intellettuale quella del consulente finanziario? e se si dà risposta positiva, perché negarla al *broker* finanziario, al *broker* assicurativo, all'agente di cambio, al mediatore, che sono oggi coinvolti in operazioni sempre più complesse, che richiedono approfondimenti, studi, ricerche, un *background* culturale di qualche spessore?), sia credere che tali attività debbano essere svolte individualmente (ogni professionista si avvale di collaboratori, non solo per compiti meramente esecutivi, ma anche per preparare e predisporre il risultato della sua attività), sia che tali attività abbiano conservato quell'aura di «nobiltà» (retaggio dell'epoca feudale in cui agli avvocati, ad esempio, si riconosceva la nobiltà di toga) che impedisce di considerare il corrispettivo della prestazione come una vera e propria retribuzione, anziché un «onorario» che – si dice – non è diretto a remunerare il professionista ma semplicemente a conferirgli un indennizzo per il tempo e le spese impiegati e per il pregio del lavoro effettuato.

In particolare, l'esercizio individuale della professione incide sulla sua disciplina, perché impedirebbe la costituzione di società tra professionisti, la possibilità che la stessa prestazione possa essere effettuata, indifferentemente, da uno dei professionisti associati in uno studio professionale, e così via. Nel nostro paese, infatti, non esiste più la c.d. «società civile»; sono vietate le società tra professionisti, *ex* artt. 1, comma 2° e 2, l. n. 1815/1939; le aggregazioni tra professionisti sono ammesse solo a livello di associazione, e tale associazione può riguardare la ripartizione delle spese d'ufficio, il personale ausiliario, la ripartizione dei proventi, ma certamente non l'assunzione congiunta di attività.

Si è inoltre creata una discrasia tra professioni protette e non protette, in quanto le professioni non protette non hanno limiti di sorta

(ciò ha consentito la creazione di società commerciali concernenti la revisione contabile, la consulenza del lavoro, la gestione di ambulatori medici, ecc.). E si assiste ad una distinzione anche nell'ambito delle professioni protette, ove ormai sono considerate lecite le società di ingegneria, e non solo quelle che si occupano di *commercial engineering*, ma anche quelle che si occupano di *consulting engineering*, in cui l'impiego di mezzi, materiali e competenze tecniche non prevale sull'esercizio dell'attività intellettuale dell'ingegnere o dell'architetto.

La Supr. Corte, nell'esaminare un caso recente in tema di società di ingegneria, ha tracciato una distinzione che mi sembra alquanto dubbia: ha infatti precisato che «*un'attività professionale intellettuale, ancorché svolta assieme da più soggetti, è caratterizzata dall'*intuitus personae *e dalla responsabilità individuale del professionista, rimanendo vietato l'esercizio societario, sancito dall'art. 2 della l. n. 1815 del 1939; al contrario delle società di* engineering, *le quali offrono particolari servizi che trascendono l'oggetto delle professioni liberali protette e non rientrano nel divieto dell'esercizio societario di attività professionali sancito dalla norma*» (sent. 11.3.1989, n. 1405, in *Dir. fall.*, 1991, II, 929).

A queste perplessità i professionisti hanno reagito cercando di creare forme associative che non contrastino con i requisiti che si ritengono connotare la professione (personalità, *intuitus*, responsabilità individuale); all'esigenza associativa ha risposto, in qualche modo, la stessa disciplina comunitaria, che ha introdotto una nuova forma associativa, il G.E.I.E. (gruppo europeo di interesse economico: Reg. n. 2137/1985; attuato con norme di dettaglio dal d. lgs. 23.7.1991, n. 240). In tal modo, si è consentito ai professionisti di associarsi a livello europeo, godendo dei mezzi e delle strutture dell'organismo, con l'apporto di ausiliari ai singoli professionisti, provenienti da altre discipline, escludendosi però l'esercizio congiunto della professione e imputando la responsabilità al gruppo.

Da quanto si è detto discendono con consequenzialità le regole che riguardano gli aspetti dell'esercizio dell'attività professionale che ci occupano. In particolare, per quanto afferisce alla responsabilità professionale, si distinguono diverse ipotesi.

a) La responsabilità ha, normalmente, natura contrattuale: ciò perché tra il professionista e il cliente si instaura un rapporto di lavoro autonomo, avente natura contrattuale; il professionista deve svolgere la prestazione facendo impiego della sua scienza, della sua arte, e della diligenza per l'appunto «professionale» (art. 1176, comma 2°, cod. civ.). Tale diligenza è ritenuta più specifica e approfondita della diligenza media (ordinaria); perciò la giurisprudenza ritiene che il professionista risponda anche della colpa lieve (CASS., n. 8218/1990). Egli non risponde, tuttavia, per non aver raggiunto il risultato: si delinea, a questo proposito, solo in giurisprudenza, e con l'opposizione quasi unanime della dottrina, la distinzione tra obbligazioni «di mezzi», alle quali appunto si ascrive l'obbligazione del professionista, e obbligazioni «di risultato», che sono proprie, normalmente, dell'imprenditore (in particolare, dell'appaltatore, ovvero del lavoratore autonomo che sia richiesto di svolgere un *opus*).

Una recente pronuncia ha precisato, a questo proposito, che «*la valutazione della condotta del professionista nello svolgimento dell'incarico affidatogli dal cliente, lungi dal poter essere ragguagliata alla realizzazione effettiva o scontata dell'obiettivo perseguito dal cliente stesso, deve arrestarsi alla soglia di quel parametro di diligenza tecnica che deve connotare l'impegno debitorio nell'eseguire una prestazione di comportamento, ossia all'esattezza o meno della condotta contrattuale, sia pure alla stregua di specifiche regole tecniche ancorché non codificate*» (TRIB. PAVIA, 7.11.1989, in *Resp. civ. e prev.*, 1990, 438). Le «regole dell'arte», così come compilate nella prassi professionale, o dalle stesse associazioni di categoria, diventano quindi un parametro della diligenza a cui si può riferire il giudice nel valutare la prestazione del professionista.

Tuttavia, quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o di colpa grave (art. 2236 cod. civ.). Questo è uno dei privilegi che ancora permangono in capo a chi esercita una professione intellettuale. In caso di speciale difficoltà, che è valutata caso per caso dal giudice, con riguardo quindi alle peculiarità della fattispecie, e alle peculiarità del tipo di

professione in concreto esercitata, il professionista non risponde per colpa lieve, né per colpa media, ma solo per colpa grave.

Per accertare quando vi sia colpa grave il giudice deve riferirsi a parametri oggettivi: deve cioè tener conto della prassi, delle regole di deontologia professionale, della riconoscibilità della difficoltà da parte del professionista medio, dal fatto che l'attività esercitata non sia sperimentale, e così via.

Questa giurisprudenza, che appare solidale con la categoria dei professionisti e riflette una concezione di professione ottocentesca, si potrebbe dire «borghese», è oggi criticata dalla dottrina. La dottrina ripudia questa concezione obsoleta di professione: in particolare sottolinea che il professionista, oggi, ha il sussidio di mezzi di informazione e di realizzazione dell'attività più perfezionati e accurati di un tempo; si avvale di strumenti più precisi; può ricorrere ad altri esperti, e costituire una *équipe* di professionisti per il trattamento dei casi dubbi. Si avvertono quindi i segni di una inversione di tendenza, rivolta ad interpretare restrittivamente l'art. 2236, e a limitare i casi di gravi difficoltà alle sole ipotesi eccezionali.

b) Il professionista risponde dell'operato dei suoi collaboratori e del personale esecutivo, ai sensi dell'art. 1228; qualora si tratti di danni provocati all'esterno, al di fuori di una attività professionale, ne risponde a titolo di responsabilità extracontrattuale, *ex* art. 2049 cod. civ. In entrambi i casi si tratta di una responsabilità avente natura oggettiva (o per rischio), mentre nel caso di responsabilità contrattuale, la sua natura è sempre soggettiva.

c) Quanto alla distribuzione del rischio, non sono considerate lecite, nel nostro ordinamento, le clausole contrattuali dirette all'esonero della responsabilità fino al limite del dolo e della colpa grave (art. 1229); ciò significa che sono ammesse clausole di esonero dalla responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, entro il limite del dolo e della colpa grave, cioè per colpa lieve e per colpa media.

Il ricorso a tali clausole è usuale da parte di alcune categorie di professionisti: ciò perché, mediante il consenso del cliente, si può ottenere uno spostamento del rischio dal professionista al cliente medesimo. Anche in questi casi la giurisprudenza è assai liberale, perché tende a dare una interpretazione restrittiva dell'art. 1229 cod. civ., e quindi a escludere dalla sua operatività le clausole di ripartizione del rischio, distinte dalle clausole di ripartizione della responsabilità.

In ogni caso, si tratta di clausole vessatorie, la cui efficacia è subordinata alla sottoscrizione espressa da parte del cliente (*ex* art. 1341, comma 2°, cod. civ.). Nel nostro ordinamento tuttavia non si è ancora introdotta una disciplina adeguata dei contratti per adesione, come è avvenuto in Germania, in Francia, in Gran Bretagna, e come sta proponendo la Comunità Europea, attraverso il progetto di disciplina dei contratti conclusi dai consumatori.

d) *Il caso della responsabilità dell'avvocato.* Il campionario dei casi di responsabilità civile dell'avvocato non è molto ampio, quanto meno in Italia: segno della benevolenza dei giudici, dell'indulgenza dei consulenti tecnici, dell'abilità degli avvocati nel vincere le cause «in proprio», della perizia diffusa che non porta alla commissione di errori, o alla composizione della controversia con il cliente in via preventiva o in corso di causa, al fine di evitare pubblicità negativa e accertamenti sgradevoli sulla perizia impiegata nel proprio lavoro?

Qualche esempio può essere sufficiente per dare corpo a questi interrogativi. Innanzitutto la giurisprudenza muove dal presupposto che l'avvocato non possa ignorare le leggi: ciò non tanto per l'applicazione del principio *nemo censetur ignorare legem*, che la Corte costituzionale, con una sentenza assai discutibile, ha ritenuto non applicabile in caso di ignoranza della legge penale (24.3.1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, 1385), quanto perché la conoscenza delle leggi è un connotato tipico della cultura presumibile in chi voglia esercitare l'attività di avvocato. Anche a questo proposito, però, la giurisprudenza usa la tecnica del «*distinguishing*»: non si ritiene responsabile l'avvocato che compia errori di interpretazione della legge, o nella risoluzione di questioni opinabili; ovviamente, l'incertezza del diritto, che ormai regna sovrana, attesi i contrasti giurisprudenziali tra Supr. Corte e giudici di merito, tra giudici di merito, spesso tra sezioni della stessa corte, costituisce un utile scudo alle pretese risarcitorie dei clienti.

In un caso recente si è ritenuto che fosse

responsabile l'avvocato che aveva trattenuto presso di sé documenti del cliente, precludendogli la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria e senza avvisarlo dell'eventualità della prescrizione del diritto da difendere in giudizio (CASS., 4.12.1990, n. 11612, in *Mass. Foro it.*, 1990).

Per contro, si è ritenuto che non fosse responsabile l'avvocato il quale non aveva eccepito la prescrizione del diritto ad accettare l'eredità di chi era stato dichiarato giudizialmente figlio naturale successivamente alla morte de «*de cuius*» (TRIB. PIACENZA, 15.3.1990, in *Foro it.*, 1991, I, 636); e pure si è esclusa la responsabilità del professionista che abbia errato la notifica di un ricorso proposto innanzi al tribunale amministrativo regionale: ciò perché il cliente non era riuscito a provare in giudizio la lesione patrimoniale subita e il nesso di causalità (TRIB. S. MARIA CAPUA VETERE, 6.2.1989, in *Foro it.*, 1990, I, 3315).

11. *IL RISCHIO DI IMPRESA E LA RESPONSABILITÀ DEL DISTRIBUTORE DI PRODOTTI DIFETTOSI.* Se il «distributore» di prodotti di consumo sia responsabile per i danni arrecati agli utenti dai difetti (o vizi) dei prodotti distribuiti è questione assai complessa, e quindi controversa, sia in dottrina, sia in giurisprudenza. Il legislatore ha trascurato di disciplinare questo aspetto della circolazione dei prodotti e dei servizi: si applica, al riguardo, la disciplina del codice, relativa alla responsabilità del venditore per i vizi della cosa venduta. Se i vizi erano palesi, nulla è dovuto, perché il compratore, usando l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto avvedersene; su di lui incombe quindi il rischio; se i vizi erano occulti, ne risponde il venditore, a meno che non dia la prova di averli ignorati senza colpa (art. 1494, comma 1°). La responsabilità in esame è di natura contrattuale; il danno consiste nel valore della cosa venduta e nelle conseguenze economiche connesse con la sua mancata utilizzazione; ma il secondo comma dell'art. 1494 impone al venditore, nel caso in cui sia responsabile *ex* comma 1°, di risarcire al compratore anche i danni derivati dai vizi della cosa: si tratta di danni di natura fisica o patrimoniale.

Il rischio connesso con i vizi della cosa (cioè del prodotto) che non sia stata fabbricata dal venditore (cioè dal rivenditore, dal distributore, dal grossista, dal dettagliante) ma sia stata fabbricata da un terzo, il fabbricante, gravano sul fabbricante stesso; il venditore (nelle diverse accezioni in cui egli viene qualificato, assunta la sua posizione nella catena distributiva) non ne risponde: sul piano extracontrattuale, perché il danneggiato deve dimostrare la colpa del venditore, prova pressoché impossibile; sul piano contrattuale, perché dovrebbe riuscirgli agevole dimostrare di non avere colpa nell'ignorare vizi che non avrebbe potuto scoprire.

Questo sistema di distribuzione del rischio non è stato modificato né dalla giurisprudenza che si era creata anteriormente alla introduzione della disciplina della responsabilità del fabbricante (d.p.r. 24.5.1988, n. 224) né dalla disciplina speciale.

a) I *leading precedents* che si erano formati sul tema in esame, avevano indicato alcuni principi che sarebbero poi stati osservati dai modelli di sentenza successivi. Nel caso Saiwa (CASS., 25.5.1964, n. 1270, in *Foro it.*, 1965, I, 2098), si era esclusa la responsabilità del rivenditore, in quanto non era risultato in giudizio che l'enterocolite febbrile che aveva colto i consumatori di un pacchetto di biscotti avariati fosse derivata da un comportamento negligente a lui imputabile; e il rivenditore aveva avuto buon gioco nel dimostrare che, essendo i prodotti sigillati in confezione non alterabile da parte del venditore, nulla poteva essergli imputato. Sì che la responsabilità del fabbricante si era raggiunta attraverso un «processo logico presuntivo» che faceva risalire il difetto alla fase della fabbricazione dei biscotti. Nel caso Cazeneuve (CASS., 13.3.1980, n. 1696, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1929) la rottura del perno di una gru non era stata imputata al distributore della gru, bensì all'*assembler* e al fabbricante del perno: il difetto infatti consisteva nella presenza di bolle d'aria inseritesi nella colata del metallo, sì che nulla si poteva rimproverare al distributore, che non avrebbe neppur potuto controllare la solidità del prodotto.

b) Il d.p.r. n. 224/1988 si occupa della responsabilità (oggettiva) di diversi soggetti (il produttore di singole parti del prodotto, il fabbricante del prodotto finito, o *assembler*, l'importatore di prodotti da paesi terzi ai paesi membri della CEE, il fornitore di merci non

confezionate o di cui sia ignoto il fabbricante). Nulla dice quanto al distributore di prodotti fabbricati all'interno dei paesi della CEE.

Il sistema dunque sembra operare nel modo seguente: il fabbricante si accolla tutti i rischi connessi con la circolazione di un prodotto difettoso, siano essi dovuti ad errore di progettazione, a difetto di fabbricazione, a omissione di controlli di qualità e di sicurezza, a omissione di informazioni relative al modo di impiego, ai rischi dell'uso, alle allergie, ecc. Non risponde del rischio dello sviluppo, dell'uso anomalo del prodotto, dei vizi che possano essersi introdotti nel prodotto dopo che esso ha lasciato la fabbrica. Di questi risponde il distributore; ma il distributore non può sottoporre il prodotto a ispezioni che importino il dispendio di costi. Fino a che punto si deve allora spingere la sua diligenza?

Un caso recente ha modificato questo sistema di distribuzione dei rischi. La controversia era insorta tra un allevatore di vitelli, che aveva acquistato del latte in polvere (poi risultato avariato) dal distributore, e il distributore medesimo. L'allevatore non convenne in giudizio, in via extracontrattuale, la società produttrice, ma instaurò un'azione *ex empto* solo nei confronti del distributore; fu questi allora a chiamare in garanzia il fabbricante; ma ormai il termine di prescrizione dell'azione era decorso, per cui il fabbricante chiese di essere estromesso dal giudizio.

In primo grado, il Tribunale di Saluzzo ha condannato il distributore al risarcimento del danno a favore dell'allevatore in quanto era stato omesso qualsiasi controllo del latte fornito; ha escluso la responsabilità del fabbricante, perché la domanda di garanzia era stata proposta tardivamente. In secondo grado, la Corte d'appello di Torino ha escluso ogni colpa del distributore, perché la merce gli era stata direttamente consegnata dal produttore.

La Cassazione, per contro, ha affermato la responsabilità (contrattuale) del distributore applicando il principio che «*il venditore di prodotti industriali di massa non può andare esente da responsabilità per qualsiasi danno prodotto all'acquirente dai vizi della cosa venduta non dipendenti da cattiva conservazione a lui imputabile*». Al giudice di merito «*spetta il potere di valutare le circostanze del caso concreto e di richiedere la prova liberatoria più o meno rigorosa a seconda del livello di diligenza che può ritenersi normale e necessario nelle singole ipotesi*».

All'apparire della sentenza, si è sostenuto che essa sia esempio della giurisprudenza esemplare di una società post-industriale, in cui la distribuzione ha preso il posto centrale un tempo assegnato alla produzione; e che quindi sia operazione di politica del diritto corretta l'imposizione al distributore di un rischio connesso con vizi derivanti dalla fabbricazione della cosa.

Per la verità, nella motivazione della sentenza si spiegano le ragioni del *revirement*: si dice, infatti, che, attese le circostanze, si era in presenza non di un evento sporadico e imprevedibile ma di un evento prevedibile in quanto il distributore trattava la rivendita di notevoli quantitativi di merce, sfusa, di natura deperibile, di diversa provenienza e composizione; in più, il distributore è in grado, oltre che di operare normali controlli, di convenire in giudizio il fabbricante della merce, per i danni risentiti dal fatto di aver dovuto risarcire il consumatore.

Oltre al principio sopra indicato, si applica anche il principio dell'affidamento: «*è necessario per il corretto svolgimento dei rapporti contrattuali che il compratore possa fare affidamento con ragionevole certezza sulla diligenza e onestà del venditore*» (e si cita, cosa davvero insolita, una sentenza della *House of Lords*, Grant v. Australian Knitting Mills Ltd., per le allergie provocate sulla pelle da magliette di lana; non si dice, però, se la convenuta era produttrice o distributrice del prodotto).

12. PAR CONDICIO CREDITORUM. Nel settore del diritto fallimentare è applicato con grande frequenza il principio del trattamento paritetico dei creditori; anche nelle massime redazionali, estratte dalle motivazioni delle sentenze, si riscontra spesso l'uso di questo principio, espresso in lingua latina; forse è l'espressione latina più comune impiegata sia in giurisprudenza sia nel trattamento redazionale delle massime giurisprudenziali. Anche in questo caso, tuttavia, occorre muoversi con cautela: la dottrina è assai critica sull'uso indifferenziato e totalizzante del principio; la giurisprudenza riconosce molte deroghe ad esso.

a) Senza aspirare ad una rassegna dottrinale completa, è sufficiente, ai nostri fini, segnalare alcune posizioni, per meglio intendere il significato del principio e i diversi modi in cui esso è impiegato.

Innanzitutto, si tratta di un principio che la maggior parte degli autori ritiene fondare la disciplina legislativa del fallimento e delle altre procedure concorsuali; al tempo stesso, però, se ne mette in luce la «crisi». Di vera e propria «crisi» non si può parlare, perché questa considerazione negativa sarebbe giustificata se il principio si risolvesse in una mera affermazione labiale, ma non trovasse applicazioni nella realtà processuale. Certo, si può convenire con quanti ne sottolineano il valore relativo, e non assoluto, generale, ma non onnicomprensivo, circoscritto e concreto, ma non astratto e inderogabile. Ma nessun principio, a qualsiasi livello appartenga, può avere tuttavia caratteri così implicanti.

In dottrina si possono distinguere due orientamenti: alcuni aa. (e sono i più numerosi) ritengono che il principio costituisca il fondamento stesso della disciplina fallimentare; altri osservano che esso è la derivazione (o l'applicazione) nell'ambito delle procedure concorsuali, del principio di parità di trattamento dei creditori, complementare al principio della responsabilità patrimoniale del debitore; in più, gli autori di formazione processualistica (diversamente dagli autori di formazione commercialistica) danno maggior rilievo al rito processuale che non al diritto sostanziale, caro ai commercialisti, e quindi preferiscono subordinare il principio della *par condicio* ad altro principio, quello della «concorsualità».

Se dovessimo istituire quindi una gerarchia di princípi, dovremmo seguire questa linea: principio di eguale trattamento (*ex* art. 3 Cost.), principio di responsabilità patrimoniale del debitore (*ex* art. 2740 cod. civ.), principio di pari concorso dei creditori sui beni del debitore (*ex* art. 2741 cod. civ.), principio di concorsualità nella procedura fallimentare, principio di *par condicio* dei creditori nella procedura concorsuale. Come si vede, per gli aspetti più generali, si tratta di princípi di derivazione legislativa, quindi di princípi espressi; per le procedure concorsuali, si tratta di princípi derivati, per via di induzione, dalle regole che disciplinano le singole procedure e singole ipotesi interne alle procedure (in particolare, dagli artt. 51-54, 56, 61-63, 55, 57-60 l. fall.).

Ad esito di una ricerca assai acuta, si è osservato che il principio in esame non è «un principio assoluto, ispirato a interessi superiori di carattere economico, sociale o ideologico». Esso risponde, piuttosto, a criteri di ordine nelle procedure concorsuali, che però spesso privilegiano interessi di categoria diversi da quelli dei creditori uniformemente considerati; i creditori privilegiati, nei quali si identificano i portatori degli interessi che l'ordinamento ritiene di privilegiare rispetto a quelli ordinari, hanno un trattamento per l'appunto privilegiato, e sono soddisfatti anteriormente a tutti gli altri. Si può concludere quindi – condividendo la tesi di Pier Giusto Jaeger («*Par condicio creditorum*», in *Fallimento*, 1984, 51) – che la *par condicio* è principio residuale, trovando applicazione solo nei casi, e nelle forme che il legislatore non ha disciplinato in modo diverso, cioè derogativo.

b) La giurisprudenza è assai meno smaliziata, considera il principio come effettivamente operante, e lo usa come una regola vincolante, a cui si può derogare solo in casi di eccezione: in altri termini, non ha ancora accettato l'idea che – essendo le eccezioni così numerose – il principio abbia una operatività solo residuale.

In questo senso, si segnalano le pronunce che ricollegano il principio della *par condicio* direttamente all'art. 3 Cost. (ad es. v. Cass., 15.3.1988, n. 2445, in *Dir. lav.*, 1988, II, 62; Trib. Milano, 8.7.1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, 260); quelle che ritengono il principio derogabile solo da norma esplicita di legge (ad es. Cass., 3.12.1986, n. 7148, in *Foro it.*, 1987, I, 39); quelle che lo considerano uno dei presupposti dell'intera procedura concorsuale (ad es. Trib. Catania, 17.9.1985, in *Giur. comm.*, 1986, II, 452), ovvero lo scopo fondamentale cui mira il legislatore nella disciplina fallimentare (ad es. Trib. Lucca, 2.3.1984, in *Dir. fall.*, 1984, II, 1061); quelle che interpretano le deroghe al principio in modo restrittivo, e non ne consentono l'applicazione analogica perché appunto le regole derogatorie sono considerate eccezionali (Cass., 22.7.1983, in *Giust. civ.*, 1984, I, 186; ed in *Comm. trib. centr.*, 1982, II, 158; App. Roma, 17.12.1979, in *Foro pad.*, 1980, I, 70; Trib. Milano, 9.3.1978, in *Fallimento*, 1979, 133).

Considerando la situazione rovesciata, e cioè le ipotesi in cui la giurisprudenza ha riscontrato la violazione del principio, si passa in rassegna una serie assai ampia e tecnicamente raffinata di meccanismi (si potrebbero definire anche marchingegni) inventati (od orditi) dai falliti che intendano ingraziarsi alcuni creditori, rispetto ad altri, e quindi pagare debiti in via privilegiata, sottraendo beni alla massa fallimentare; dai creditori che inducono i falliti a violare il principio per prevalere illegittimamente sugli altri creditori; dai legali del fallito o dei creditori, per mettere a punto operazioni che risultino inattaccabili dagli altri creditori concorsuali; talvolta, dallo stesso curatore che, per inesperienza, negligenza, o peggio per connivenza con il fallito o con qualche creditore, tenta anch'egli di sottrarsi al principio.

Ecco qualche esempio. Non si sottraggono alla regola della *par condicio*: i debiti contratti dall'imprenditore dopo la sua ammissione al concordato preventivo; l'assegnazione dei beni disposta nell'ambito di una esecuzione forzata del debitore esecutato, poi fallito; l'acquisto di un immobile del fallito, ad un prezzo inferiore al valore di mercato; il pagamento di debiti del fallito effettuato da un terzo con somma fornita dal fallito; il pagamento effettuato attraverso la cessione di titoli cambiari; i contratti definitivi stipulati entro l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in adempimento degli obblighi assunti con i preliminari, ancorché questi siano di data anteriore all'anno che precede il fallimento; la *datio in solutum*; il pagamento effettuato con assegno, tenendosi conto non della data di riscossione del titolo, bensì della data di consegna o di trasferimento del titolo mediante girata, atteso che da questo momento si determina il depauperamento del *solvens*.

Non violano la *par condicio*: i pagamenti per i quali il creditore dimostri che non pregiudicano la *par condicio*; il recupero dei beni trasferiti alla controparte (poi fallita) sulla base di un contratto risolto, in quanto prevale il principio della retroattività della risoluzione, che operi anteriormente al periodo sospetto; le somme corrisposte dal compratore (poi fallito) a titolo di ratei nella vendita con patto di riservato dominio, in quanto il venditore può trattenerle in via equitativa per compensare l'uso del bene.

13. *Princìpi occulti e «policies».* Non sempre i criteri direttivi cui si ispira il giudice nel decidere la questione che gli è sottoposta sono esplicitati: è pur vero che l'obbligo di motivazione gli imporrebbe di argomentare in senso logico e in senso formale le ragioni per le quali egli è pervenuto a quel determinato dispositivo; ma è anche vero che talvolta la motivazione è sintetica, o addirittura l'estensore si autocensura. Altra volta, il punto da cui muove il ragionamento è contenuto in un *obiter dictum*, in una frase, in un assunto o in un presupposto che si esplicita o cita *en passant*, senza soffermarvisi troppo, e per inciso. Sono questi i dati rivelatori (psicologicamente, si possono assimilare al *lapsus* freudiano) che lasciano trasparire il vero e profondo, recondito, inconfessato pensiero dell'autore della motivazione. Poiché si va alla caccia del «retropensiero», l'oggettivo riscontro di esso non è facile; anzi, spesso si può addirittura presentare come operazione arbitraria; identificare una ragione, un motivo, un'argomentazione che non si sono sviluppati in modo esplicito è comunque operazione che si deve compiere con cautela.

Quelli che qui si presentano sono quindi princípi per così dire «occulti»; in *common law* si tendono a presentare come «*policies*», cioè ragioni di politica del diritto sottostanti alla decisione.

Ecco alcuni esempi.

a) Un principio applicato diffusamente nell'Ottocento era quello che imponeva al singolo il sacrificio di accollarsi le «esternalità delle imprese», cioè i danni da queste arrecati alle persone, alla proprietà, all'ambiente, quale contrappunto o corrispettivo alle utilità ricevute dalla appartenenza all'aggregato sociale e alla fruizione dei servizi offerti alla collettività.

In un caso nord-americano in cui la vittima era stata colpita dallo scoppio di un bollitore di caffè rivelatosi difettoso, i giudici negarono il risarcimento applicando il principio «il danno giace là dove esso cade».

Dietro questa regola apparentemente neutra e constatativa si nasconde il principio del

necessario sacrificio imposto al singolo dal progresso economico, e la *policy* di non aggravare le imprese con costi esterni che ne avrebbero potuto minare la competitività sul mercato.

Somiglianze si possono rintracciare anche nel caso inglese *Winterbottom v. Wright*, ove il principio di lasciare il danno là dove cade fu giustificato dall'esigenza di non estendere in modo eccessivo l'area della responsabilità civile. Si trattava del danno risentito da un passeggero di una diligenza che si era ribaltata.

Sempre nell'Inghilterra dell'Ottocento emerge il principio della prevalenza delle attività economiche votate all'industria su quelle (statiche) di godimento della proprietà agricola. Nel conflitto tra gli esercenti le linee ferroviarie ed i proprietari delle terre che confinavano con la strada ferrata prevalgono i primi. Quando le locomotive incendiano con le loro scintille le messi che costeggiano i binari, la responsabilità dell'esercente il trasporto è esclusa ed il danno è accollato al proprietario terriero.

Il principio, occulto, è che si deve agevolare l'espansione del sistema industriale a danno della proprietà agricola, anche se ciò comporta un sacrificio per la proprietà.

Un principio occulto che ha regnato indisturbato per più di trent'anni nella nostra giurisprudenza sulla responsabilità civile ha comportato la riduzione delle conseguenze economiche della responsabilità per atto illecito. La lesione del credito era esclusa dall'area del danno risarcibile perché, si diceva, non comportava un danno ingiusto, in quanto non era conseguenza della violazione di un diritto soggettivo perfetto. In realtà si mascherava un altro principio o, se si vuole, una diversa *ratio*: quella di non aggravare l'onere risarcitorio del danneggiante e di porre quindi un argine alle pretese del danneggiato.

Sempre in tema di responsabilità civile, è discussa in *common law* la risarcibilità del danno indiretto, denominato «meramente economico».

In materia di responsabilità contrattuale si possono individuare altri princìpi. Per esempio, al principio che limita la responsabilità solo ai comportamenti possibili, ma la esclude per il danno proveniente da caso fortuito (*ad impossibilia nemo tenetur*) fa da sottofondo il principio che prende in considerazione il modello normale di organizzazione del debitore: oggi, si tiene conto del progresso della scienza e della tecnica, ma senza pervenire all'avanguardia. Non ciò che è possibile, ma ciò che è normalmente possibile si richiede al debitore.

E appunto alla banca che custodisce valori nelle cassette di sicurezza collocate in un seminterrato, non si chiede di adottare le tecniche assunte per isolare i compartamenti dei sottomarini anche se la banca è situata vicino all'Arno, fiume capriccioso che altre volte è straripato nello stesso luogo (App. Firenze, 16.11.1971; Trib. Firenze, 11.3.1971, entrambe commentate da Alpa, *Giur. di diritto privato*, Utet, 1991, 372 ss.).

Al fabbricante non si chiede di mettere in commercio prodotti elaborati e controllati secondo lo stadio più avanzato della scienza e della tecnica, non gli si fa carico del rischio dello sviluppo tecnologico (v. art. 6, c. 1, lett. g, d.p.r. n. 224/1988).

Ma a chi fa commercio di plasma sanguigno si fa carico di non averne controllato l'innocuità e di aver così cagionato il contagio da epatite nell'emotrasfuso (Cass., 27.7.1991, n. 8395, in questa *Rivista*, 1992, I, 569).

Anche qui si può registrare un principio occulto: il produttore risponde per il danno alla salute, ma non in modo da pregiudicarne la posizione sul mercato, né in modo da porlo in difficoltà con i concorrenti.

Il *favor* per l'imprenditore è riscontrabile anche nel settore della pubblicità comparativa (che è considerata lecita: v. Cass., 3.8.1987, n. 6682, in *Mass. Giust. civ.*, 1987). Anche qui, ovviamente, la giurisprudenza si trincerava dietro la confondibilità del consumatore al fine di tutelare quell'interesse. Ma il principio occulto applicato sembrava diverso.

Qualcuno potrà contestare che si sia in presenza di «princìpi» veri e propri, e non invece di «politiche del diritto», ovvero di *policies*. Ma la contestazione appare poco persuasiva: molti princìpi, espliciti od impliciti, comportano scelte qualificanti. Allo stesso modo, comportandosi sistematicamente in aderenza a determinati modelli, l'interprete esprime od applica «princìpi negativi», che nella maggior parte dei casi rimangono occulti.

b) Sempre nell'area del danno risarcibile, si ritiene irrilevante il c.d. danno al patrimonio, cioè il danno risentito dall'interessato per il minor valore del bene che ha acquisito, o per il depauperamento dei beni di cui era titolare. Ne sono esempio l'irrilevanza dell'errore sul valore, l'irrilevanza dell'errore sui motivi, l'irrilevanza del risultato inadeguato nella gestione del portafoglio titoli da parte della banca.

Quest'ultima ipotesi, che non è molto frequente incontrare nelle aule dei tribunali, merita alcune considerazioni. La questione si riassume infatti nell'accertare la responsabilità o l'irresponsabilità della banca, alla quale il cliente abbia affidato la gestione del portafoglio dei suoi titoli, qualora da tale gestione non siano derivati risultati soddisfacenti. Se la banca dimostra di aver osservato la diligenza professionale, non è possibile imputarle alcuna responsabilità. La gestione, a meno che non sia vincolata dalle istruzioni del cliente, è effettuata in modo discrezionale dalla banca, e quindi non le si può imporre un risultato particolare: la motivazione della sentenza che ha risolto così la gestione si sofferma sul tipo di obbligazione assunta dalla banca, e la definisce come obbligazione di mezzi, e non di risultato. Per la verità, questa distinzione è ripresa dalla dottrina maggioritaria, che non la trova fondata su alcuna norma dell'ordinamento (l'art. 1176 comma 1° e comma 2° cod. civ., infatti, fa riferimento alla diligenza ordinaria e alla diligenza professionale: Trib. Roma, 9.12.1991, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1355).

In altri casi, tuttavia, il principio della irrilevanza del danno al patrimonio può incontrare qualche eccezione: come accade quando vi sia acquisto di azioni, che riflettano uno stato economico e patrimoniale della società diverso (e meno florido) di quello rappresentato all'acquirente al momento del trasferimento. Il caso è assai interessante, perché, come si sa, l'azione è rappresentativa dei diritti dell'azionista, è una frazione del capitale, ma non ha alcuna connessione con i beni che formano il patrimonio di cui la società è titolare. Tuttavia, la Supr. Corte ha stabilito che, in caso di artifici e raggiri posti in essere dal venditore per trarre in inganno controparte al fine di cederle le azioni, rappresentando una situazione economica della società più rosea di quella effettiva, è applicabile il rimedio dell'annullamento per dolo, e il trasferimento può essere invalidato (Cass., 29.8.1991, n. 9227, in *Società*, 1992, 763).

Obbedisce allo stesso principio (occulto) il rifiuto di risarcire il danno per lesione di aspettative. Tuttavia, la giurisprudenza ha ora manifestato qualche perplessità, ammettendo il risarcimento in caso di perdita di una *chance* dovuta all'intervento dannoso del terzo (è il caso di chi non può sostenere un esame perché impedito dal comportamento colposo o doloso dell'agente).

c) *Il principio della distribuzione ottimale dei rischi extracontrattuali.*

Guido Calabresi considera come dimostrato che la principale funzione della «*accident law*» consiste nel compensare le vittime e nel ridurre i costi degli incidenti. La dottrina (*The Decision for Accidents: An approach to nonfault Allocation of Costs*, in *78 (1965) V. Ch. Law Review*, 713 ss.) che considera la *accident law* come sanzione per il trasgressore non ha alcun serio fondamento. Anche se la distinzione tra colpa morale e legale e tra danno e grado di colpevolezza prevalenti nella *tort law* non dimostrano a sufficienza questo assunto, se ci si riferisce alla assicurazione della responsabilità, subito ci si può rendere conto della irrilevanza della «bontà» o della «cattiveria» dell'assicurato. «*Compensation*» può ottenersi anche distribuendo il danno tra più persone; in tal modo la «*social dislocation*» riduce i costi degli incidenti. Anche se il «*loss spreading*» si riduce ad allocare i costi a coloro che possono pagare in quanto hanno più denaro, è chiaro che gli effetti secondari che ne risultano sono molto minori. Più spesso «*reduction of accident costs*» viene intesa nel senso di «ridurre il numero degli incidenti» o di «ridurre il costo della amministrazione della giustizia».

Per evitare confusione è opportuno seguire Calabresi e trattare separatamente «*compensation*» e «*reduction of costs*». I modi per ridurre il «*primary cost*» di un incidente sono numerosi: *a*) si può scoraggiare quelle attività dannose a favore di altre più sicure; *b*) si può incoraggiare ad usare diligenza nello svolgimento di quelle attività.

Non sempre è possibile bloccare le attività dannose: si compie il traforo del Monte Bianco

anche sapendo che morrà un lavoratore per ogni chilometro. Il nostro sistema della responsabilità non è fondato su un grande principio morale, ma sulla «*convenience*».

La decisione di sostenere industrie che non potrebbero sopravvivere sul mercato e di turbare l'attività di altre è squisitamente politica.

Il produttore può continuare a svolgere la sua attività impiegando un processo a volte dannoso perché può dimostrare che i consumatori desiderano i suoi prodotti ed egli riesce ad ottenere un profitto anche sopportando i costi di risarcimento.

Non sempre la condotta indesiderabile che provoca incidenti coincide con i costi degli incidenti che provoca; talvolta tale condotta può essere scoraggiata (*deterrence*) mediante la «colpa».

Un esempio del primo caso è dato dalle attività imprenditoriali «utili». Spesso però i consociati, se conoscessero il costo di tali attività, sarebbero inclini a proibirle. Calabresi distingue queste attività utili in due categorie: 1) attività che l'esercente può controllare, il che giustifica il ricorso a sanzioni penali; 2) attività che non si possono controllare, per cui le sanzioni penali non appaiono giustificate. Non si sa quali e quante attività rientrino in questa seconda categoria; esse sono disciplinate dal sistema fondato sulla «colpa». È chiaro però che un sistema, codificando il «*nonisurable tort*» fondato sull'attenzione dell'esercente e «*general nonfault liability*», potrebbe essere molto più vantaggioso.

Il sistema fondato sulla colpa non colloca il costo di un'attività secondo il numero degli incidenti che essa provoca, ma secondo il numero degli incidenti causati a cui possano attribuirsi predeterminati indizi di colpa. Ne consegue che la *deterrence* opera solo nell'area degli incidenti colposi («*faultily caused accidents*»), mentre sarebbe più utile che operasse nell'area delle attività che provocano danni.

Occorre però *a*) stabilire come distribuire i costi tra le attività concorrenti che causano danni e *b*) stabilire che cosa significa «costo di un incidente».

È facile calcolare i costi quando sono esclusivamente economici. Ed è chiaro che quando se ne conosce l'entità, spetta alla dinamica del mercato consentire lo svolgimento di un'attività. Ma subentrano costi anche «non economici». E questi costi non necessariamente possono essere assorbiti dalla stessa impresa che produce danni valutabili economicamente.

Tre sono i criteri che si possono utilizzare per stabilire se un'attività può non cessare di distruggere valori non economici: *a*) giudizio politico o giudiziale; *b*) giudizio del mercato fondato su una monetizzazione dei valori non economici; *c*) una combinazione di entrambi. Se si tengono separati i problemi di compensazione da un lato e di allocazione dall'altro, si può sostenere che la funzione dell'allocazione non consiste nell'abolire tutte le attività rischiose, ma di far sì che il prezzo dei beni e dei servizi corrisponda di più al loro costo reale.

Non è difficile decidere quali costi siano rilevanti. In ogni attività chi può minimizzare il danno nel modo meno costoso è il soggetto inizialmente responsabile (es. della nave e del deposito; se una burrasca causa danni e si ritiene responsabile il depositario, questo alzerà i prezzi; se si ritiene responsabile il proprietario della nave, le navi andranno ai *docks* più sicuri; i proprietari dei *docks* meno sicuri dovranno allora ricorrere alle cautele necessarie per evitare i danni; i proprietari dei *docks* installeranno impianti più sicuri perché per loro diventerà meno costoso che pagare direttamente i risarcimenti).

Vi è un'altra ragione di questa allocazione. Cioè una delle due parti che si considerano può assicurarsi ad un costo inferiore. Se il costo si attribuisce a chi può assicurarsi con premi assicurativi più alti sul prezzo (del bene o servizio) penetra un falso costo (il costo eccessivo dell'assicurazione).

C'è però una terza ragione: può capitare che il costo si riversi, dalle due parti, ad un terzo: questo deve esser evitato.

È chiaro che può accadere che una delle parti ricorra all'auto-assicurazione (ad es. il fattore che usa una falciatrice meccanica può auto-assicurarsi anziché preferire di acquistare una macchina a prezzo maggiorato per i premi assicurativi pagati dal produttore).

Di certo però c'è differenza tra le due parti. Così Coase ha dimostrato che non c'è differenza tra l'allocare inizialmente il costo su una parte piuttosto che sull'altra, sul danneggiante, piuttosto che sul danneggiato. Se un'industria

è causa di inquinamento atmosferico, il proprietario della casa vicina può indossare la maschera anti-gas o andarsene; se se ne va, chiede un corrispettivo, ma allo stesso modo il proprietario può pagare l'impresa perché cessi l'attività o si sposti. C'è sempre la possibilità di istituire una «*bargaining relationship*» tra le parti al fine di minimizzare il danno [v. però la critica di Calabresi, 730 n. 28, secondo la quale il teorema di Coase è corretto nel breve periodo, ma nel lungo periodo i singoli (anziché pagare per minimizzare i costi) eserciteranno le attività rischiose per fare più denaro. Il teorema di Coase serve a ridurre il «*misallocation effect of originally putting the loss on the wrong party*» (ma questo è sufficiente a Calabresi)].

La differenza è che la parte che inizialmente deve sopportare il *cost of bargaining* e in più il costo per far allontanare l'imprenditore o per installare il depuratore è svantaggiata; quindi è più corretto allocare il rischio sull'impresa. Questo non si verifica se le parti sono già in *bargaining*.

d) Anche in materia contrattuale, là dove si fa un collegamento tra il costo della prestazione e le pretese del creditore, si tenta di raggiungere una posizione equitativa, ma sulla base di princìpi non esplicitati o mascherati. È il caso delle clausole di esonero dalla responsabilità della banca per i danni risentiti dai clienti che abbiano depositato valori nelle cassette di sicurezza svaligiate da malviventi. A questo proposito, nell'ambito di una giurisprudenza oscillante, si registrano casi nei quali la considerazione del rischio che la banca si accolla con la prestazione quasi gratuita della custodia in cassette di sicurezza esclude che le pretese del cliente, il quale abbia depositato valori superiori a quelli a cui era contrattualmente tenuto dal contratto di deposito, possano essere accolte.

e) A diversi princìpi si ispira invece il *favor* per la pubblica Amministrazione in materia di responsabilità civile. Qui la distinzione tra la violazione di norme di azione e norme di relazione – una delle tante *fictiones* cui ricorre la giurisprudenza che vive di espedienti per circoscrivere i rischi e i costi da accollare alla p.a. – è del tutto priva di fondamento giuridico, ma si ricava da un principio (implicito, ma operante in modo concreto e frequente) in base al quale la p.a. non risponde dei danni che derivano al cittadino, all'utente, al privato in generale nel corso dell'esplicazione della sua attività istituzionale. I ritardi postali, ferroviari, i disservizi nelle prestazioni effettuate dall'Amministrazione, a meno che non ledano un diritto soggettivo pieno, non portano mai al risarcimento del danno. Fa eccezione un caso recente, deciso dalla Supr. Corte. Si trattava del danno risentito da due cittadini jugoslavi ai quali la Guardia di Finanza aveva sequestrato una ingente somma di dinari, ritenendo che ne fosse illecita l'importazione in Italia, senza effettuarne il cambio in moneta italiana. Il provvedimento era illegittimo, in quanto nessuna norma di legge o regolamentare prescriveva il cambio coattivo; gli stranieri ottennero il risarcimento dall'Amministrazione (Cass., 24.5.1991, n. 5883, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, 250).

Allo stesso modo, si continua a decidere per la lesione di interessi legittimi. Qui non pesa solo il principio della irrilevanza della lesione di interessi che non assurgono a diritto soggettivo, ma anche il principio della presunzione del corretto operare della p.a. in virtù del buon andamento dell'Amministrazione (!).

14. *Rinvio.* Queste, e altre, più approfondite osservazioni, e più estese incursioni nella prassi della giurisprudenza, si possono rinvenire nel volume sui princìpi del *Trattato* diretto da Judica-Zatti, più volte citato. Le sentenze che seguono offrono altrettanti campioni del modo di operare dei princìpi nella giurisprudenza, il che è lo stesso, del modo in cui il giudice fa impiego dei princìpi per risolvere il caso sottopostogli. Nelle pregevoli annotazioni delle decisioni si danno ulteriori ragguagli su questi processi interpretativi.

Nota bibliografica

Queste pagine sono tratte da alcuni paragrafi del volume *I princìpi generali*, nel *Trattato di diritto privato*, a cura di Judica-Zatti, in corso di pubblicazione per i tipi di Giuffrè. Ad esso si fa rinvio per gli approfondimenti storici e per la casistica contenuta nella seconda parte.

I princìpi generali sono oggetto di una letteratura assai ampia (per una prima ricognizione

v. la nota di COSTA, in *Notizie di Politeia*, 1987, n. 3, 26 ss.) e tuttora oggetto di ampia discussione: tra le voci enciclopediche, si segnalano quella di BOBBIO, voce «Princípi generali di diritto», nel *Noviss. Digesto it.*, XIII, Utet, 1966, 887 ss.; di BARTOLE, voce «Princípi generali del diritto (dir. cost.)», in *Enc. del dir.*, XXXV, Giuffrè, 1986, 494 ss.; di MODUGNO, voce «Princípi generali dell'ordinamento», nel'*Enc. giur. Treccani*, Ed. Enc. it., e alle trattazioni dei commentari alle disposizioni preliminari al codice civile (di cui si vedano oltre a R. QUADRI, in *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1984, *sub* art. 12, 194 ss., in particolare le pagine del Commentario diretto da Perlingieri e di quello diretto da Cendon).

Nella bibliografia recente si registrano gli atti del convegno organizzato dall'Accademia dei Lincei a Roma, nel maggio del 1990 (Roma, 1992): le cui relazioni principali, a cura di FALZEA, GORLA, SACCO, OPPO e RESCIGNO sono in corso di pubblicazione nella *Riv. dir. civ.*

Gli studiosi di teoria generale del diritto e di diritto costituzionale ne hanno fatto terreno di elezione per le loro elaborazioni: in questo senso v. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, 1990; SORRENTINO, *I princípi dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. soc.*, 1987; JORI, *I princípi del diritto*, in *Soc. dir.*, 1983, II, 723; PATTARO, *La completam. degli ordinamenti giuridici e i «princípi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 145).

La ricostruzione storica si rifà a STEIN, *Regulae juris*, Oxford, 1966. I riferimenti alla letteratura comparatistica comprendono (oltre a SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, ora in nuova ed., Utet, 1992) DAVID, *I grandi sistemi giuridici*, trad. it., Cedam, 1986; ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, trad. it., I, Giuffrè, 1991.

La natura dei princípi generali del diritto è stata discussa al VI congresso dell'Ass. int. dir. comp., introdotto da Schlesinger tenutosi ad Amburgo nel 1962, di cui sono comparsi gli atti pubblicati a Bruxelles nel 1964.

I princípi fondamentali si rifanno ai «valori comuni dell'Occidente»: v. il libro che reca questo titolo, a cura di STEIN-SHAND, trad. it., Giuffrè, 1986; il libro di JEANNEAU, *Principes genéraux du droit*, Parigi, 1954 apre la discussione in Francia: al riguardo, il saggio di BOULANGER (ne *Le droit privé au milieu du XX siècle*, Parigi, 1952); ma v. anche GÉNY, *Méthode et sources d'interpretation en droit privé positif*, ed. 1919 e 1954; gli ultimi interventi sono operati da RODIÈRE e LUCHAIRE sulla *Rev. trim. dr. civ.*; per una acuta rivisitazione di Gény, v. ora GROSSI, *Pagina introduttiva, ai Quad. fior.*, (2°) 1991, dedicati al giurista francese.

Per l'esperienza inglese v. SIMPSON, *Legal Theory and Legal History*, Londra, 1987, 283 ss.

Ulteriori riferimenti sono indicati nel testo e nell'apparato bibliografico dei commenti alle sentenze qui di seguito riportate.

▶ PRET. GENOVA, ord. 8.3.1991

PERSONALITÀ - DIRITTI - ONORE E REPUTAZIONE - EX AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ - ESPRESSIONI CONTENUTE IN VERBALE DI CONSIGLIO D'AMMINISTRAZIONE DI SOCIETÀ - LESIONE - SUSSISTENZA (*a*)

PROVVEDIMENTI D'URGENZA - TUTELA DELLA PERSONALITÀ - LESIONE DELL'ONORE E DELLA REPUTAZIONE - ESPRESSIONI CONTENUTE IN VERBALE DI CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE DI SOCIETÀ - RIMEDIO - CANCELLAZIONE (cod. civ., art. 2058; cod. proc. civ., art. 700) (*b*)

(*a*) **Vanno ritenute lesive dell'onore e della reputazione di ex amministratori le espressioni contenute in un verbale di consiglio di amministrazione di una società con le quali, travalicando i limiti del lecito, si attacca la personalità morale degli interessati addebitando loro imprecisate violazioni di doveri ed obblighi.**

(*b*) **A tutela dell'onore e della reputazione di ex-amministratori lesi da affermazioni contenute in un verbale del consiglio di amministrazione di una società può essere disposta, in via cautelare, la cancellazione delle frasi contestate.**

dal testo:

Il fatto. I motivi. Il Pretore, a scioglimento della riserva che precede, osserva: Le frasi contro le quali si appuntano le lagnanze dei ricorrenti sono contenute nel verbale della riunione del consiglio di amministrazione della società convenuta, tenutasi il 5 febbraio 1991. In detto verbale, alla pagina 3, dopo un invito del presidente a procedere alla sostituzione dei due consiglieri cessati dalla carica (uno per morte e l'altro per dimissioni), si legge: «È in ogni caso interesse della nostra società che alla sostituzione si provveda scegliendo nuovi amministratori di provata capacità e di specchiata onestà, sin dalla scorsa riunione individuati nelle persone del dott. Pierluigi Solari (già nominato consigliere in quella sede) e del dott. Bruno Dal Pozzo, che per tali doti sono entrambi certamente idonei ad assicurare non solo la continuità, ma anche lo sviluppo della gestione societaria, necessario specialmente nell'attuale situazione congiunturale. Non sembra invece che sia conforme all'interesse della società il recente comportamento tenuto dagli attuali amministratori delegati, dott. Giorgio Haupt e dott. Andrea Haupt, in occasione delle trattative per il rinnovo del finanziamento stand by. Tale comportamento, che illustrerò più diffusamente in occasione della trattazione del terzo punto all'ordine del giorno, era infatti tale da pregiudicare l'esito positivo della ricordata trattativa (pregiudizio poi non verificatosi grazie all'intervento di altri membri del consiglio)». Alla pagina 5 si legge ancora: «Il presidente rileva che, come già accennato, in occasione delle recenti trattative per il rinnovo del finanziamento stand by, gli amministratori delegati, dott. Giorgio Haupt e dott. Andrea Haupt, hanno tenuto un comportamento gravemente lesivo degl'interessi della società contravvenendo ai loro doveri ed obblighi quali amministratori delegati della società. In particolare, essi hanno immotivatamente divulgato notizie sia alla società organizzatrice del finanziamento in pool tra banche, sia direttamente ad alcune delle banche stesse, tali da pregiudicare, anche per le modalità con cui sono state rese note, il buon fine dell'operazione di finanziamento. Da ultimo il dott. Giorgio Haupt ha addirittura comunicato alla società organizzatrice del pool di banche l'avvenuto deposito presso l'autorità giudiziaria dell'atto giudiziale dallo stesso proposto, insieme al dott. Andrea Haupt e ad altri quotisti della S.r.l. Una Base, contenente l'impugnativa delle delibere assembleari di quest'ultima società. Il presidente rileva quindi che tali comportamenti hanno determinato il venir meno della fiducia di alcuni membri del consiglio di amministrazione nei confronti dei due suddetti amministratori delegati».

I ricorrenti sostengono che tali frasi siano ingiuriose ed infamanti, in quanto idonee ad ingenerare in chi legge il convincimento che: *a*) i ricorrenti tengano abitualmente un comportamento non informato a provata capacità e a specchiata onestà (quale quello che si dice